Prof. Dr. Dieter Ahlert, PD Dr. Detlef Aufderheide, Prof. Dr. Klaus Backhaus, Prof. Dr. Jörg Becker, Prof. Dr. Heinz Lothar Grob, Prof. Dr. Karl-Hans Hartwig, Prof. Dr. Thomas Hoeren, Prof. Dr. Heinz Holling, Prof. Dr. Bernd Holznagel, Prof. Dr. Stefan Klein, Prof. Dr. Andreas Pfingsten, Prof. Dr. Klaus Röder.

Internetökonomie und Hybridität

Nr. 45

**ULF MÜLLER, LENA MEYER**

# Wettbewerb und Regulierung in der globalen Internetökonomie - Eine rechtsvergleichende Studie zwischen europäischem und US-amerikanischem Recht -

European Research Center
for Information Systems

Westfälische
Wilhelms-Universität
Münster

Gefördert durch:

Förderkennzeichen:
01 AK 704

Projektträger:

INTERNETÖKONOMIE

**Koordination Internetökonomie und Hybridität**

PD Dr. Jan vom Brocke
brocke@hybride-systeme.de
www.hybride-systeme.de

# Inhalt


**1 Einführung 1**

1.1 Ökonomische Wettbewerbsbedingungen in der Internetökonomie 1

1.2 Grenzüberschreitende Internetökonomie und nationale Wettbewerbsregulierung 4

**2 Rechtliche Grundlagen des Kartellrechts 5**

2.1 Deutsches und Europäisches Kartellrecht 5

2.1.1 Europäisches Recht 6

2.1.2 Deutsches Recht 14

2.2 US-amerikanisches Kartellrecht 16

2.2.1 Kartellverbot 17

2.2.2 Fusionskontrolle 21

2.2.3 US-amerikanisches Kartellrecht in der Internetökonomie 24

2.3 Internationales Kartellrecht 24

**3 Marktabgrenzung 27**

3.1 Grundsätze der Marktabgrenzung 27

3.1.1 Grundsätze der Marktabgrenzung im US-amerikanischen Recht 28

3.1.2 Grundsätze der Marktabgrenzung im Europäischen Recht 30

3.1.3 Zusammenfassung 33

3.2 Marktabgrenzungen in der Internetökonomie 34

3.2.1 Sachliche Marktabgrenzung 34

3.2.2 Räumliche Marktabgrenzung 40

3.3 Fazit: Herausforderungen an die Marktabgrenzung durch die Hybridität 46

**4 Marktzutritt 46**

4.1 Essential Facilities 47

4.1.1 Die essential facility-Doktrin im US-amerikanischen Recht 49

4.1.2 Die essential facility-Doktrin im europäischen Recht 51

4.1.3 Die essential facility-Doktrin im deutschen Recht 56

4.1.4 Anwendung der essential facility-Doktrin in der Internetökonomie 57

4.2 Standardisierung 61

4.2.1 Standardisierung nach Europäischem Recht 63

4.2.2 Standardisierung nach US-amerikanischem Recht 70

4.2.3 Ergebnis 74

4.3 Zugang zu IP-Rechten 75
4.3.1 Immaterialgüterrechte im Lichte des europäischen und deutschen Rechts 77
4.3.2 Immaterialgüterrechte im Lichte des US-amerikanischem Rechts 80
4.3.3 Ausblick 86
**5 Fusionen, Kartelle und Kooperationen 88**
5.1 Elektronische Marktplätze 88
5.1.1 Elektronische B2B-Plattformen im europäischen und deutschen Recht 90
5.1.2 Elektronische B2B-Plattformen im US-amerikanischen Recht 96
5.1.3 Fazit 101
5.2 Geheimwettbewerb in der vernetzten Welt 102
5.2.1 Der Geheimwettbewerb im deutschen und europäischem Recht 103
5.2.2 Der Geheimwettbewerb im US-amerikanischem Recht 108
5.2.3 Fazit 109
**6 Internetregulierung 111**
6.1 Alternative Adressierungssysteme 111
6.1.1 Alternative Adressierungssysteme im Lichte des Europäischen Rechts 112
6.1.2 Alternative Adressierungssysteme im Lichte des US-amerikanischen Rechts 117
6.1.3 Entflechtung der ICANN 118
6.2 Netzneutralität 119
6.2.1 Die Diskussion in den USA 119
6.2.2 Die Diskussion in Europa 123
6.2.3 Stellungnahme 124
**7 Fazit und Ausblick 125**
**Literaturverzeichnis 127**
**Arbeitsberichte des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität 133**

# 1 Einführung *

Die Internetökonomie, definiert als eine im Wesentlichen digital basierte und elektronisch vernetzte Ökonomie, welche die computerbasierte Vernetzung nutzt, um Kommunikation, Interaktion und Transaktion in einem globalen Rahmen zu ermöglichen, bringt neue Ursachen- und Wirkungszusammenhänge hervor, die auch auf kartellrechtliche Bewertungen Auswirkungen haben.[1] Die Entwicklung moderner Informations- und Telekommunikationstechnologien, insbesondere des Internets, ermöglicht Unternehmen die Verfolgung einer hybriden Marktstrategie. Neben reinen Online-Produkten, die ausschließlich für den digitalen Handel und die digitale Distribution entwickelt werden und bei denen sämtliche Transaktionsprozesse online abgewickelt werden können, ist durch die Kombination von herkömmlichen Offline-Gütern mit den Merkmalen der Internetökonomie ein neuer Bereich der hybriden Märkte geschaffen worden. Die Vorteile des Internets werden dabei verstärkt im Rahmen einzelner Transaktionsphasen zur Unterstützung der Transaktionsabwicklung eingesetzt. Die Frage ist, wie sich diese Fortschritte im Rahmen der Internetökonomie auf die kartellrechtliche Bewertung derartiger Sachverhalte auswirken.

## 1.1 Ökonomische Wettbewerbsbedingungen in der Internetökonomie

Das Kartellrecht soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht begrenzen, soweit wirtschaftliche Macht die Wirksamkeit des Wettbewerbs beeinträchtigt. Diese Zielrichtung gilt auch für die Internetökonomie. Durch die nahezu grenzenlosen Möglichkeiten, die das Internet eröffnet, ist es Unternehmen möglich, sich die Vorteile des Internets auch in der Offline-Welt zunutze zu machen. Einer kartellrechtlichen Beobachtung bedarf es insbesondere aufgrund der Besonderheiten der Internetökonomie. Neben der Ubiquität des Internets sind diesbezüglich auch Netz-, Lock-in- und Skaleneffekte von besonderer Bedeutung.

Der Begriff Netzeffekt beschreibt auf der *Nachfrageseite* den Wertzuwachs, den eine Ware oder Dienstleistung allein dadurch erhält, dass andere Nutzer das Produkt beziehen oder

---

* Die Verfasser sind im Rahmen des BMBF-geförderten Projekts „Internetökonomie und Hybridität“ wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht – Zivilrechtliche Abteilung – der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Die Verfasser danken Priv.-Doz. Dr. Detlef Aufderheide für hilfsreiche Ausführungen zu den ökonomischen Hintergründen. Daneben gebührt Dank stud. jur. Ulrich Regel und stud. jur. Sebastian Neurauter für wertvolle Unterstützung bei der Erstellung der Studie.

1 *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260.

verwenden. Je mehr andere Nutzer es gibt, um so attraktiver wird im Falle von Netzeffekten das Produkt aus Sicht eines potentiellen Käufers. Netzeffekte sind in der Internetökonomie sowie generell in Netzwirtschaften ein bestimmendes Moment. Beispielsweise ist ein Online-Marktplatz unwirtschaftlich, wenn nur wenige Nutzer ihn ansteuern. Wenn der Wert eines Produkts mit der Zahl seiner Benutzer steigt, bezeichnet man dieses als direkten Netzeffekt.[2] Steigt der Wert eines Produkts mit der Menge der darauf aufbauenden Produkte, liegen indirekte Netzeffekte vor.[3] Die Größe des Nutzens für den Konsumenten und damit der Wert des Produkts hängen vom Verhalten der anderen Marktteilnehmer ab.[4] Die Attraktivität des Produktes steigt auch bei den Herstellern von komplementären Gütern, weil diese sich durch die hohe Nachfrage mehr Umsatz versprechen.[5] So erhöht sich die Menge der Komplementärprodukte, was wiederum das Hauptprodukt attraktiver macht.

Unter Lock-In-Effekt versteht man die (Kapital-)Bindung, die dadurch zustande kommt, dass ein Nutzer sich für ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Dienstleistung entscheidet. Investiert ein Nutzer beispielsweise in ein bestimmtes Betriebssystem, so ist er gezwungen, von nun an nur noch mit diesem System kompatible Hardware und Software zu erwerben, sofern seine Investition in das Betriebssystem kein vergeblicher Aufwand gewesen sein soll.

Auf *Angebotsseite* liegen Skaleneffekte vor, wenn bei Ausdehnung der Produktion die Durchschnittskosten pro Ausbringungseinheit im relevanten Bereich der Nachfrage sinken. Dies ist vor allem immer dann der Fall, wenn vergleichsweise hohe Fixkosten und nur geringe variable Stückkosten auftreten. Allgemein treten derartige Phänomene dann auf, wenn eine Subadditivität der Kostenstruktur vorliegt, also jeweils ein großer Anbieter den Markt zu geringeren Durchschnittskosten versorgen kann als mehrere kleine. Angebotsseitige Netzeffekte dagegen treten dadurch auf, dass die Bereitstellung von Komplementärprodukten attraktiver wird, je größer das jeweilige Netz bzw. je größer die Nachfrage nach dem Ursprungsprodukt. So wird etwa für Produzenten von Anwendungssoftware das Bereitstellen eines Angebots attraktiver, je stärker das zugrunde liegende Betriebssystem nachgefragt

---

2 *Pohlmeier*, S. 30.

3 *Pohlmeier*, S. 43; *Zimmerlich* WRP 2004, 1260, 1261.

4 *Thum*, S. 5; *Gröhn*, S. 25; *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260, 1261.

5 *Roth*, CR 1988, 196.

wird.[6] Dieser angebotsseitige Effekt ist insofern derivativ, als ihm ein nachfrageseitiger Netzeffekt, wie oben beschrieben, zugrunde liegt. Allerdings wirkt er als Verstärker (positiver Feedback-Effekt), da das Vorliegen einer breiten Angebotspalette von Komplementärprodukten die Attraktivität des originären Produkts (Betriebssystem) aus Nachfragesicht erhöht. Diese Selbstverstärkungseffekte (positive Feedbacks) sind ein wesentlicher ökonomischer Zweck indirekter Netzeffekte.[7]

Die Geschäftsmodelle in der Internetökonomie sind häufig von Skalen- sowie von Netzeffekten oder Lock-In-Effekten beeinflusst. Beispielsweise sind Online-Handelsplattformen nur überlebensfähig, wenn viele Käufer und Verkäufer sie in Anspruch nehmen bzw. daran teilnehmen. Der Hardware- und Softwaremarkt ist hingegen im Falle proprietärer Schnittstellen primär von Lock-In-Effekten geprägt, da es in solchen Fällen jeweils auf die Systemkompatibilität ankommt. Auf Softwaremärkten für standardisierte Produkte dominieren angebotsseitig Skaleneffekte, die sich wechselseitig mit vorhandenen Netzeffekten verstärken.

Sowohl nachfrage- und angebotsseitige Netzeffekte als auch Skalen- und Lock-In-Effekte begünstigen eine Konzentration von Marktmacht auf einen oder wenige bestimmte Anbieter. Sobald ein Anbieter eine innovative Lösung für einen Bedarf auf den Markt gebracht hat und eine kritische Schwelle von Kunden bzw. Nutzern überschritten hat, beschleunigt sich die Machtkonzentration selbst. Dies gilt wiederum, solange die Nachfrage nicht durch neue, überlegene Konkurrenzprodukte auf einen Wettbewerber umgelenkt wird, für die dann wiederum vergleichbare Mechanismen gelten (Wettbewerb um den Markt statt Wettbewerb auf dem Markt).

Hierdurch wird es Unternehmen vereinfacht, Einfluss auf den Wettbewerb und die eigene Position in dem jeweiligen Markt zu nehmen. Diese internetspezifischen Effekte auf den Wettbewerb sind, jeweils für sich genommen, nichts völlig Neues. Sie haben jedoch in ihrem Zusammenwirken eine besonders nachhaltige Wirkung für die Wettbewerbssituation der beteiligten Wettbewerber. Hier machen gerade die Wechselwirkungen und Interdependenzen zwischen den einzelnen Modalitäten die Besonderheiten der Internetökonomie aus. Wie sich diese Effekte im Einzelfall auf die wettbewerbliche Beurteilung der Internetökonomie

---

6 Zu Netzeffekten vgl. grundlegend *Katz/Shapiro*, 75 The American Economic Review 424–440 (1985).

7 *Pohlmeier*, S. 32; *Beth*, S. 59.

auswirken, und welche Unterschiede dies im Vergleich des europäischen und des US-amerikanischen Kartellrechts hervorruft, ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

## 1.2 Grenzüberschreitende Internetökonomie und nationale Wettbewerbsregulierung

Daneben stellt das Fehlen sichtbarer Grenzen im Internet das national – oder im Bereich der Europäischen Union supranational – gebundene internationale Kartellrechtssystem vor neue Fragen. Bisher existiert keine spezifische gesetzliche Grundlage oder Rechtsprechung, die es ermöglicht, auf diese Herausforderung zu reagieren. Die Diskrepanz zwischen einer im und über das Internet global zusammenwachsenden Ökonomie und national gebundener Regulierung der Wirtschaft muss mit den vorhandenen Mitteln des Kartellrechts gelöst werden. Der Frage, ob diese Mittel ausreichen, um den Herausforderungen der Internetökonomie für einen freien Wettbewerb zu begegnen, wird im Rahmen der folgenden Untersuchung ebenfalls nachgegangen.

# 2 Rechtliche Grundlagen des Kartellrechts

Zur Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Unterschiede von Sachverhalten aus der Internetökonomie im europäischen und US-amerikanischen Recht, sind zunächst die kartellrechtlichen Grundlagen dieser Rechtsordnungen zu klären.

## 2.1 Deutsches und Europäisches Kartellrecht

Sowohl das nationale Recht als auch das Gemeinschaftsrecht enthalten Regelungen gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Zielvorgabe ist die möglichst ungestörte freie Entfaltung von Wettbewerb. Das Verhältnis der beiden Rechtsordnungen zueinander ist weder im deutschen noch im EG-Recht geregelt. Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit der Rechtsordnungen ist die Auswirkung der jeweiligen Wettbewerbsbeschränkung.[8] Nach § 130 Abs. 2 GWB ist deutsches Kartellrecht auf alle Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, deren Auswirkungen auf dem inländischen Markt spürbar sind und die durch das GWB geschützte Rechtsgüter unmittelbar beeinträchtigen, auch wenn sie im Ausland veranlasst wurden. Inzwischen ist weitgehend anerkannt, dass die europäischen Wettbewerbsregeln zwar nicht zu einer Verdrängung des nationalen Kartellrechts führen, sondern dass von einer parallelen Anwendbarkeit auszugehen ist.[9] Soweit allerdings die Anwendbarkeit der unterschiedlichen Kartellrechtsordnungen zu einem Konflikt führt, ist dieser Konflikt nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts zu lösen. Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 1/2003 schreibt zwar die parallele Anwendung von Art. 81 EG neben dem nationalen Verbot des § 1 GWB in zwischenstaatlichen Sachverhalten vor, jedoch räumt Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 dem gesamten Art. 81 EG in zwischenstaatlichen Sachverhalten Vorrang ein.[10] Im GWB ergibt sich der Vorrang des Art. 81 EG für zwischenstaatliche Sachverhalte aus § 22 Abs. 1 und Abs. 2 GWB.

Das deutsche Kartellrecht ist letztlich nur dann relevant, wenn es dem europäischen Kartellrecht im Ergebnis nicht widerspricht oder wenn das europäische Kartellrecht nicht anwendbar ist. Der Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts setzt mithin die Anwendbarkeit beider Rechtsordnungen und widersprechende Rechtsfolgen voraus. Darüber hinaus haben

---

[8] *Emmerich*, § 3, Rn. 14 ff.

[9] Siehe hierzu: *Bunte* in: Langen/Bunte, Bd. I, Einführung GWB, Rn. 81ff.; *Mestmäcker* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Einleitung, Rn. 71.

[10] Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2002 Nr. L 1/1.

sich die beiden Rechtsordnungen – die nationale und die europäische - mittlerweile derart angeglichen, dass sich eine Entscheidung hinsichtlich deren Verhältnisses zueinander weitgehend erübrigt hat.

### 2.1.1 Europäisches Recht

Die zentralen Normen des europäischen Kartellrechts sind Art. 81 und Art. 82 EG, das Kartellverbot und der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

#### 2.1.1.1 Kartellverbot

Art. 81 EG umfasst in diesem Zusammenhang alle wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen. Hierunter fallen sowohl horizontale als auch vertikale Maßnahmen. Art. 81 Abs. 1 EG erklärt

- alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
- Beschlüsse für Unternehmensvereinigungen und
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind,

und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt und verboten. Ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, beurteilt die Praxis je nach Einzelfall. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) prüft entweder die ausdrücklichen Verbotstatbestände in Art. 81 Abs. 1 lit. a bis e EG oder bestimmt je nach Wesen und Tragweite der beanstandeten Maßnahmen die jeweiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb.[11] Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal erfasst Art. 81 Abs. 1 EG die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.[12] Spürbar wettbewerbsbeschränkende Verträge zwischen zwei Unternehmen mit Auswirkungen auf einen Mitgliedstaat der EU sind insofern grundsätzlich unwirksam. Ursprünglich handelte es sich bei Art. 81 EG um ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, welches im Rahmen eines Anmeldesystems geprüft wurde. Seit Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1/2003 am 1. Mai 2004 ist nunmehr das zentralisierte Anmeldesystem abgeschafft und zu einem Legalsystem umfunktioniert worden.[13] Nach Art. 1 Abs. 2 der Verordnung sind nunmehr alle Vereinbarungen von Anfang an wirksam, die zwar

---

[11] Vgl. *Emmerich*, § 4, Rn. 35 ff., § 5, Rn. 1 ff.

[12] *Schröter* in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 81 Abs. 1, Rn. 65.

[13] Zur VO (EG) 1/2003 s. o. Fn. 10.

in den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG fallen, aber zugleich die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen. Vereinbarungen, für die kein Freistellungstatbestand greift, sind nach wie vor von Anfang an nichtig. Die Unternehmen beurteilen nunmehr die Rechtmäßigkeit ihrer Vereinbarungen und Verhaltensweisen selbst; müssen jedoch auch das Risiko einer Fehleinschätzung tragen.

Zentrales Tatbestandsmerkmal des Art. 81 Abs. 1 EG ist die Wettbewerbsbeschränkung. Hierbei kommt es auf die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Unternehmen an.[14] Nach dem EuGH bedeutet dies, dass Vereinbarungen die wirtschaftliche Selbständigkeit des Handelns der Unternehmer nicht berühren dürfen (Selbstständigkeitspostulat).[15]

Um ein Verbot nach Art. 81 Abs. 1 EG feststellen zu können, muss zunächst der relevante Markt (Marktabgrenzung) abgegrenzt werden.[16] Ein relevanter Markt ergibt sich aus der Kombination der sachlich und räumlich relevanten Dimension des Marktes. Der Begriff des relevanten Marktes ist ein Schlüsselbegriff für das gesamte Kartellrecht. Zum einen stehen Unternehmen nur dann miteinander im Wettbewerb, wenn sie auf demselben relevanten Markt tätig sind. Das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG setzt zum anderen voraus, dass die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zum deutschen Kartellrecht. Eine derartige Auswirkung auf den gemeinsamen Markt liegt dann vor, wenn das zu überprüfende Verhalten tendenziell die innergemeinschaftlichen Handelsströme verändert, die geografische Aufteilung von Märkten erlaubt oder den Eintritt in einen Binnenmarkt für Wettbewerber, die in einem anderen Mitgliedstaat angesiedelt sind oder von dort aus agieren, erschwert.[17] Der zwischenstaatliche Handel ist seinem Wesen nach ein in der Entwicklung befindliches Konzept, dass in der Gemeinschaft noch nicht die gleiche Bedeutung erlangt hat, wie das parallele Konzept des *interstate commerce* im US-amerikanischem Recht. Im europäischen Recht bleibt die Auswirkung auf den Handel

---

[14] EuGH Slg. 1970, 661, 700 – Chemiefarma/Kommission; EuGH Slg. 1975, 1663, 1965 – Suiker Unie.

[15] EuGH Slg. 1975, 1663, 1965 – Suiker Unie; EuGH Slg. 1993, I-1575, 1599 – Ahlström.

[16] Hierzu im Einzelnen in Kapitel 3, S. 26 ff.

[17] EuGH Slg. 1979, 461 - Vitamine; *Gippini-Fournier* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. I, Art. 81 Abs. 1, Rn. 180.

zwischen Mitgliedstaaten eine nicht einfach zu erfüllende Schwellenvoraussetzung für die Anwendbarkeit der europäischen Wettbewerbsregeln.[18]

Laut den „Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“[19] vermutet die Kommission, dass eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht spürbar ist, wenn der gemeinsame Marktenteil der Parteien unter 5 % und der gemeinsame Jahresumsatz an den betroffenen Produkten unter 40 Mio. Euro liegt.[20] Auch die Wettbewerbsbeeinträchtigung muss spürbar sein. Nach der „de minimis“-Bekanntmachung der Kommission[21] ist Art. 81 Abs. 1 EG i. d. R. nicht verletzt, wenn der Marktanteil beider Parteien einer Vereinbarung zwischen Wettbewerbern weniger als 10 % beträgt bzw. die einzelnen Marktanteile bei Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern weniger als 15 % betragen.

Horizontale Vereinbarungen wie Preiskartelle, Gebiets- und Kundenaufteilungsvereinbarungen, sowie Produktions- und Absatzbeschränkungsvereinbarungen stellen grundsätzlich eine offensichtliche Verletzung des Wettbewerbs dar, die die Kommission als Kernbeschränkung ansieht.[22] Auch vertikale Vereinbarungen können zu einer Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit führen, indem Pflichten und Restriktionen auferlegt werden, so dass eine Beschränkung des tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs gegeben ist.

Nach Art. 81 Abs. 3 EG kann die Kommission das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen, auf Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und auf aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder auf Gruppen von solchen für unanwendbar erklären, wenn zugleich die dort festgelegten Freistellungsvoraussetzungen erfüllt sind.

---

18 *Gippini-Fournier* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. I, Art. 81 Abs. 1, Rn. 179.

19 Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, ABl. 2004 Nr. C 101/81.

20 Dazu *Gippini-Fournier* in: Loewenheim/Messen/Riesenkampff, Bd. I, Art. 81 Abs. 1, Rn. 186 f.

21 Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 EG nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. 2001 Nr. C 368/13 („de minimis“-Bekanntmachung).

22 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 Nr. C 3/02 (Horizontalleitlinien), Rn. 2; *Amato/Gonzalez/Diaz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. I, Art. 81 Abs. 1, Rn. 112; *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, Art. 85 Abs. 1, Rn. 20, 76.

Eine solche Freistellung stellt somit zum einen eine Einzelfallentscheidung dar. Um nach Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt zu sein, muss eine Vereinbarung vier Voraussetzungen erfüllen:

- zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen,
- die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligen,
- den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegen, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, und
- darf keine Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Ware den Wettbewerb auszuschließen.[23]

Die Kommission kann daneben Gruppen von Vereinbarungen freistellen, d.h. das Kartellverbot für derartige Vereinbarungen außer Kraft setzen. So hat die Kommission bereits zahlreiche Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen. Für den Bereich der Internetökonomie sind hier von Bedeutung:

- Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (sog. GVO-Vertikal),[24]
- In der Praxis haben die sog. Kernbeschränkungen (wettbewerblich schädliche Vereinbarungen, die nicht freigestellt werden) des Art. 4 GVO-Vertikal die größte Bedeutung. Für die Internetökonomie wird dabei besonders Art. 4 lit. b GVO-Vertikal relevant. Danach sind Beschränkungen des Gebiets oder des Kundenkreises, in das oder an den der Händler die Waren des Herstellers verkaufen darf, grundsätzlich unzulässig. Damit stellt der Ausschluss bestimmter Lieferformen wie z. B. der des Internetvertriebs regelmäßig eine Kernbeschränkung dar. Eine Ausnahme davon sieht Art. 4 lit. b 1. Spiegelstrich GVO-Vertikal für das Verbot des aktiven Verkaufs bei Exklusivvereinbarungen vor. Die Kommission stuft Internetwerbung und Internetverkauf jedoch grundsätzlich als passiven Verkauf ein.[25] Lediglich das gezielte Ansprechen des Kunden per E-Mail ist ihrer Auffassung nach als aktiver Verkauf zu

---

[23] Vgl. Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, Art. 81, Rn. 139.

[24] ABl. 1999 Nr. L 336/21.

[25] Siehe unten Kapitel 2.1.1.4.

sehen.[26] Beim selektiven Vertrieb darf nach Ansicht des Bundesgerichtshofs (BGH) der Hersteller vom Händler verlangen, neben dem Internetverkauf auch einen stationären Vertrieb zu betreiben. Demnach verstößt eine entsprechende Vereinbarung auch nicht gegen Art. 4 lit. c GVO-Vertikal.[27]

- Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung,[28]
- Verordnung (EG) Nr. 772/2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen,[29]

#### 2.1.1.2 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Art. 82 S. 1 EG verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Art. 82 EG stellt ein unmittelbar geltendes Verbot auf, für das keine Freistellungsmöglichkeit existiert. Als Leitlinien für die Entwicklung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung können die in S. 2 beispielshalber normierten Fälle und das Ziel des EG-Vertrages nach Art. 3 lit. g dienen, ein System unverfälschten Wettbewerbs zu präsentieren. Der Missbrauch kann nach S. 2 insbesondere in Folgendem bestehen:

- der unmittelbare oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;

---

[26] *Baron* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. I, GVO-Vertikal, Art. 4, Rn. 191 m. w. N. Der Kommission gegenüber kritisch *Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 536 ff. Der BGH, WRP 2004, 374, 376 – Depotkosmetik im Internet, hat die Streitfrage offen gelassen.

[27] BGH, WRP 2004, 374, 376 – Depotkosmetik im Internet. Zur Kritik im Schrifttum vgl. *Baron* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. I, GVO-Vertikal, Art. 4, Rn. 195, 214.

[28] ABl. 2000 Nr. L 304/7.

[29] ABl. 2004 Nr. L 123/11.

- der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

Die Entscheidungspraxis belegt, dass sich im europäischen Kartellrecht drei Fallgruppen des Missbrauchs der beherrschenden Stellung finden, nämlich der Behinderungsmissbrauch, der auf die Behinderung von Wettbewerbern auf beherrschten oder dritten Märkten zielt, der Ausbeutungsmissbrauch zum Nachteil der Verbraucher und Abnehmer und schließlich der Marktstrukturmissbrauch als gezielter Eingriff in die Struktur des Wettbewerbs.

#### 2.1.1.3 Fusionskontrolle

Liegt ein Zusammenschluss i. S. d. Art. 3 FKVO[30] vor, und sind die Schwellenwerte des Art. 1 FKVO überschritten, so ist das EG-Fusionskontrollrecht anwendbar. Gemäß Art. 3 Abs. 1 FKVO gibt es zwei Arten, einen Zusammenschluss i. S. d. FKVO herbeizuführen: Entweder fusionieren zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen (lit. a), oder ein(e) oder mehrere Personen bzw. Unternehmen erwerben dauerhaft die Kontrolle über ein oder mehrere Unternehmen (lit. b). Als entscheidend wird in Erwägungsgrund 20 der FKVO angeführt, dass der Begriff des Zusammenschlusses so definiert wird, dass er Vorgänge erfasst, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle an dem beteiligten Unternehmen und damit an der Marktstruktur führen.

Die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt wird von der Kommission geprüft. Gemäß Art. 2 Abs. 3 und 4 FKVO ist ein Zusammenschluss, der eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar. Ein Zusammenschluss führt dann zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, wenn bei einer Untersagung des Zusammenschlusses die Wettbewerbsfunktionen besser erfüllt wären als bei einer Genehmigung des Zusammenschlusses.[31] Die neue FKVO von 2004 richtet die Beurteilung nicht mehr allein an der – von der alten FKVO gestellten – Frage aus, ob durch den fraglichen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde, sondern

---

[30] Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 Nr. L 24/1 (Fusionskontrollverordnung, FKVO).

[31] *Riesenkampff/Lehr* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. I, FKVO, Art. 2, Rn. 53.

beinhaltet einen sog. SIEC-Test (*significant impediment to effective competition*).[32] Jedoch bleibt das Kriterium der marktbeherrschenden Stellung im Rahmen des SIEC-Tests von großer Bedeutung, da es gemäß Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO zur Prüfung einer Wettbewerbsbehinderung vornehmlich zu prüfen ist. Gemäß Erwägungsgrund 32 der FKVO 2004 indiziert ein Marktanteil der beteiligten Unternehmen von unter 25 % die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Gemeinsamen Markt. Umgekehrt ist – in Anknüpfung an die Entscheidungspraxis zur alten FKVO – bei einem gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen von über 50 % eine marktbeherrschende Stellung und somit die Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu vermuten.[33] Der europäische SIEC-Test lehnt sich an den im US-amerikanischen Recht entwickelten SLC-Test (*substantial lessening of competition*) an,[34] ist jedoch – wie schon die Terminologie vermuten lässt – nicht deckungsgleich mit seinem Vorbild.

Erhöhte Marktmacht definiert die Kommission ähnlich wie die US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden,[35] als die Fähigkeit eines oder mehrerer Unternehmen, gewinnbringend Preise zu erhöhen, den Absatz, die Auswahl oder Qualität der Waren oder Dienstleistungen zu verringern, die Innovationen einzuschränken oder die Wettbewerbsparameter auf andere Weise zu beeinflussen.[36]

Vereinbarungen i. S. v. Art. 81 EG sind verboten, wenn sie den Wettbewerb spürbar beschränken, während Zusammenschlüsse i. S. d. FKVO nur zu untersagen sind, wenn sie wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würden, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Die höhere Eingriffsschwelle für Unternehmenszusammenschlüsse folgt daraus, dass sie in höherem Grad vom Markt und vom Wettbewerb kontrolliert werden müssen als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Das Verhältnis der Fusionskontrolle zu Art. 82 EG lässt sich durch den Gegensatz von Marktstrukturkontrolle und Verhaltenskontrolle kennzeichnen. Der EuGH bestätigt in seiner Entscheidungspraxis, dass Art. 82 EG der Kommission nicht nur eine Verhaltenskontrolle

---

[32] Vgl. dazu *Böge*, WuW 2004, 138, 143.

[33] *Lochen*, S. 66.

[34] *Lochen*, S. 63.

[35] U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 1992, abrufbar unter http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html, Tz. 0.1.

[36] *Emmerich*, § 9, Rn. 21; Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004 Nr. C 31/5.

erlaubt, sondern auch die Aufsicht über strukturelle Marktveränderungen.[37] Marktstrukturveränderungen können unter bestimmten Voraussetzungen missbräuchlich sein, und wettbewerbswidrige Verhaltensweisen können bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen erheblich werden. Einer der wichtigsten Gründe, aus denen die Entstehung beherrschender Stellungen durch Zusammenschluss zu untersagen ist, folgt daraus, dass die von bestimmten Arten der Unternehmensintegration ausgehenden wettbewerbswidrigen Wirkungen durch Verhaltensnormen nicht oder nur unzulänglich kontrolliert werden können.

#### 2.1.1.4 Das Europäische Kartellrecht in der Internetökonomie

Weder der EG-Vertrag noch die speziellen Verordnungen enthalten Bestimmungen zu internetspezifischen Sachverhalten. Aufgrund dessen sind die gegebenen Vorschriften auch im Rahmen der Internetökonomie anwendbar. Teilweise bedarf es hierzu einer Auslegung, um die Sachverhalte unter die einzelnen Vorschriften subsumieren zu können. In einigen Ausnahmefällen bieten hier die Leitlinien der Kommission Anhaltspunkte zur Auslegung. Die Leitlinien für vertikale Beschränkungen beispielsweise enthalten Kriterien zur Einordnung des Internetvertriebs in aktiven oder passiven Verkauf.[38] Diese Einordnung in aktiven und passiven Verkauf ist relevant, da Art. 4 lit. b 1. Spiegelstrich Vertikal-GVO eine Ausnahme von nicht freistellungsfähigen Kernbeschränkungen bei Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebieten oder an Gruppen von Kunden vorsieht, die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Absatzmittler zugewiesen hat, sofern dadurch Verkäufe seitens des Kunden des Absatzmittlers nicht begrenzt werden. Beschränkungen des passiven Verkaufs hingegen sind in jedem Falle unzulässig.[39] Unter aktivem Verkauf sind Verkäufe zu verstehen, die auf entsprechende Bemühungen des Verkäufers zurückzuführen sind, sei es durch allgemeine Werbemaßnahmen oder durch direkte Kundenansprache. Bei einem passiven Verkauf geht vom Verkäufer keine Verkaufsbemühung aus. Vielmehr ist der

---

[37] EuGH Slg. 1973, 215, Rn. 21 – Continental Can.

[38] Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 Nr. C 291/1, Rn. 50; *Bechtold/Bosch/Brinker/ Hirsbrunner*, Art. 4 Vertikal-GVO, Rn. 12. Siehe dazu schon oben S. 10 f.

[39] Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 566.

Verkauf auf die entsprechende Aktivität des Kunden zurückzuführen, der von sich aus den Verkäufer aufsucht oder anspricht (sog. Komm-Kunde).[40]

Nach Rn. 51 der Leitlinien ist der Verkauf über das Internet grundsätzlich nicht als aktiver Verkauf anzusehen. Da sich die potentiellen Kunden eigeninitiativ in das Netz einwählen und die Website auffinden müssen, ist der Internetvertrieb als passiver Verkauf einzustufen. Eine Ausnahme kann höchstens bei der Versendung von Werbemails oder bei der Einrichtung von Werbebanner und Metatags gelten.

Auch hinsichtlich der Beurteilung der Marktanteilsschwelle i. S. d. Vertikal-GVO kann der Bereich der Internetökonomie Probleme aufwerfen. Hierzu ist eine Abgrenzung der Märkte erforderlich, für welche es internetspezifisch keine speziellen Regeln vorhanden sind.[41]

### 2.1.2 Deutsches Recht

Im Rahmen des deutschen Wettbewerbsrechts wurde bis zu der am 1.7.2005 in Kraft getretenen 7. GWB-Novelle zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen unterschieden. Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen waren – vorbehaltlich der Möglichkeit einer Freistellung – verboten. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen hingegen unterlagen lediglich einer mit hohen Eingriffsschwellen verbundenen Missbrauchsaufsicht.

Mittlerweile ist § 1 GWB an Art. 81 Abs. 1 EG angepasst worden und erfasst nicht mehr nur horizontale, sondern auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Die speziellen Freistellungstatbestände im GWB a. F. für horizontale Wettbewerbsbeschränkungen wurden nahezu vollständig durch Einführung einer Generalklausel zur Freistellung bestimmter horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen in Anlehnung an Art. 81 Abs. 3 EG ersetzt.

Bis auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist § 1 GWB wortgleich mit Art. 81 Abs. 1 EG. Die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB sind im Lichte der zu Art. 81 Abs. 1 EG ergangenen europäischen Rechtsprechung und Rechtsanwendungspraxis auszulegen und anzuwenden.[42] Ursprünglich sah der Gesetzesentwurf sogar eine ausdrückliche „europafreundliche

---

[40] *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 4 Vertikal-GVO, Rn. 12; *Pautke/Schultze*, BB 2001, 320; *Rinne* in: Martinek/Semler/Habermeier, § 29, Rn. 54.

[41] Speziell zur Marktabgrenzung in der Internetökonomie weiter unten S. 26 ff.

[42] *Nordemann* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. II, § 1, Rn. 6; *Hartog*, WRP 2005, 1397; *Kahlenberg/Haellmigk*, BB 2005, 1510; *Fuchs*, WRP 2005, 1386.

Anwendung“ des GWB vor. Nach § 23 GWB-E sollten die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts bei der Anwendung der §§ 1, 2 und 19 GWB maßgeblich zugrunde gelegt werden, soweit hierzu im nationalen Wettbewerbsrecht keine besonderen Regelungen enthalten sind.[43] Die Streichung dieser Vorschrift im abschließenden Gesetz führt jedoch nicht zu einem Ausschluss der Anwendbarkeit europäischer Rechtsprechung und Rechtsanwendungspraxis als Auslegungshilfe zum GWB. Vielmehr heißt es in der Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, „dass das künftig eng an das europäische Recht angepasste nationale Kartellgesetz im Lichte eben dieser europäischen Regeln auszulegen sein wird, (…) eine methodische Selbstverständlichkeit“ ist.[44] Bei Sachverhalten ohne zwischenstaatliche Relevanz ergibt sich eine Heranziehung der europäischen Entscheidungspraxis aus dem Grundsatz der einheitlichen Anwendung des deutschen Kartellrechts. Auch in der schriftlichen Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung heißt es, dass eine Bestimmung wie in § 23 GWB-E überflüssig ist.[45] Das Gemeinschaftsrecht genieße bereits aufgrund Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) 1/2003 Vorrang. Auch dass dieselben Bestimmungen immer dann, wenn sie auf Fälle von nur nationaler Bedeutung angewandt werden, nach anderen Grundsätzen ausgelegt werden, läge völlig fern.

Zu der Heranziehung europarechtlicher Wettbewerbsregeln gehören neben den Leitlinien zu horizontalen und zu vertikalen Vereinbarungen auch die Gruppenfreistellungsvereinbarungen, die aufgrund des Art. 81 Abs. 3 EG ergangen sind. Zentraler Freistellungstatbestand des novellierten GWB ist § 2 Abs. 1 GWB, der eine dem Art. 81 Abs. 3 EG nachgebildete Generalklausel enthält. Danach sind Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt, wenn sie unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Die Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsvereinbarungen folgt aus der dynamischen Verweisung in § 2 Abs. 2 GWB.

Auch für Sachverhalte, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Zwischenstaatlichkeitsklausel) und deshalb allein dem nationalen Kartellrecht unterliegen, wurde das Prinzip der Legalausnahme eingeführt. Das bedeutet, die

---

[43] Referentenentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640, S. 9.

[44] Referentenentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640, S. 75.

[45] Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Ausschuss-Drs. 15(9)1359, S. 1.

bislang bestehende grundsätzliche Anmelde- und Genehmigungspflicht für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen ist entfallen. Nunmehr sind derartige Verhaltenskoordinierungen automatisch vom Verbot des § 1 GWB freigestellt, wenn sie die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ausnahme des § 2 GWB erfüllen, ohne dass dies einer vorherigen behördlichen Entscheidung im Einzelfall bedarf. Insofern ergeben sich für das Kartellverbot im deutschen Recht kaum Unterschiede zum EU-Recht.

Die strengeren deutschen Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen (§§ 19-21 GWB) wurden bei der 7. GWB-Novelle hingegen beibehalten. Die Vorschriften der §§ 35 ff. GWB zur Fusionskontrolle sind dann anwendbar, wenn bei einem Zusammenschluss die Umsatzschwellen des GWB (§ 35 GWB) überschritten sind und zugleich die Umsatzschwellen der FKVO (Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO) nicht überschritten sind.

## 2.2 US-amerikanisches Kartellrecht

Grundlage des US-Bundeskartellrechts ist die Sherman-, Clayton-, und Robinson-Patman-Gesetzgebung. Diese Gesetze verbieten Kartellbildung und andere wettbewerbsschädigende Absprachen, Monopolbildung und Verdrängungswettbewerb (wie z. B. Preiskriege zur Verdrängung der Konkurrenz). Ferner beinhalten sie Regeln zur Fusionskontrolle und verbieten Formen von Preisdiskriminierung. Das erste Antitrustgesetz der USA war der sog. *Sherman Antitrust Act* von 1890. Dieser wurde 1914 durch den *Clayton Act* ergänzt, welcher wiederum mehrfach erweitert bzw. geändert wurde. Aufsichtsbehörden sind die Federal Trade Commission (FTC) und das US-Justizministerium (U. S. Department of Justice, DoJ).

Auch das US-amerikanische Kartellrecht zielt auf die Funktionsfähigkeit der Märkte ab. Das alleinige Ziel des Kartellrechts sieht die heute in den USA vorherrschende Meinung in der Steigerung der Konsumentenwohlfahrt durch die Sicherung und Verbesserung der ökonomischen Effizienz.[46] Unbeschränkter Wettbewerb führe zur effizientesten Nutzung der Güter und so zur Maximierung der Wohlfahrt der Konsumenten.

---

[46] Vgl. *Blechmann/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 3.

### 2.2.1 Kartellverbot

Sec. 1 Sherman Act[47] verbietet Verträge, Verbindungen in der Form eines Kartells oder in anderer Form, und Absprachen, die den Handel zwischen den einzelnen Bundesstaaten oder mit dem Ausland beschränken.

*"Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $10,000,000 if a corporation, or, if any other person, $350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court."*

Somit müssen drei Elemente gegeben sein, damit ein Sachverhalt einen Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act darstellt:

- Vereinbarung, Verbindung oder Verschwörung
- Beschränkung des Handels
- Zwischen den Bundesstaaten oder mit anderen Nationen

Um den Anwendungsbereich zu konkretisieren, stellt das zentrale Element des Kartellverbots das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal *reasonableness* dar.[48] Ansonsten wäre das Kartellverbot zu weit gefasst, da fast jede vertragliche Bindung eine Beschränkung des Verhaltensspielraums beinhaltet.

Sec. 2 Sherman Act enthält ein allgemeines Monopolisierungsverbot und des Versuchs dazu:

*"Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $10,000,000 if a corporation, or, if any other person, $350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court."*

Diese Regelung verbietet die Monopolisierung. Anders als nach europäischer und deutscher Terminologie liegt ein Monopol nach amerikanischen Recht nicht erst bei völliger

---

[47] 15 U.S.C. § 1 (2000).

[48] *Areeda/Hovenkamp*, Bd. VII, S. 335; *Mayer*, S. 71.

Abwesenheit von Wettbewerb vor, sondern schon dann, wenn ein Unternehmen die Preise auf einem Markt kontrolliert oder den Wettbewerb auf dem Markt ausschließen kann.[49] Der Supreme Court geht ab einem Marktanteil von etwa 70 % von einer Monopolstellung aus.[50] Sec. 2 Sherman Act richtet sich nicht gegen eine Monopolstellung als solche,[51] sondern ausdrücklich gegen den Prozess der Monopolisierung. Darunter ist eine Handlung zu verstehen, die auf die Schaffung, die Erweiterung oder die Verteidigung einer Monopolstellung zielt.[52] Das Überflügeln der Konkurrenz durch überlegene Leistung, also die reine Marktdurchsetzung, ist hingegen ein erwünschtes Verhalten.[53] Ausgehend von der Sache *U.S. v. Colgate*[54] stellte der Supreme Court zunächst auf das Motiv des Monopolisten für die Geschäftsverweigerung ab (*intent test*). Sofern dieses in der Schaffung einer monopolistischen Stellung lag, sollte die Lizenzverweigerung unzulässig sein.[55] Jedoch trat spätestens seit *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highland Skiing Corp.*[56] der *intent test* für die Erhebung des Monopolisisierungsvorwurfes in den Hintergrund und wird als solcher auch heute nicht mehr angewandt.[57] Die US-Gerichte stellen nunmehr auf die objektiven Auswirkungen eines Verhaltens ab.[58] Selbst wenn als Motiv eine reine Schädigungsabsicht der Wettbewerber in Betracht kommt, reicht dieses für eine Verletzung des Sec. 2 Sherman Act nicht aus.[59] Vielmehr muss das Verhalten des Monopolisten einen *anticompetitive effect* haben, um als monopolisierendes (und damit missbräuchliches) Verhalten angesehen zu werden. Und selbst wenn ein solcher Effekt festgestellt werden kann, kann sich der Monopolist noch damit rechtfertigen, dass sein Verhalten auch andere, wettbewerbsfördernde

---

49 U.S. v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391 (1955).

50 U.S. v. United Shoe Machinery Corp., 347 U.S. 521 (1954).

51 Midsouth Grizzlies v. National Football League, 550 F.Supp. 558, 571 (E.D. Pa. 1982).

52 Grundlegend: U.S. v. Grinnel Corp., 384 U.S. 563, 570 f. (1966).

53 U.S. v. Aluminium Company of America, 148 F. 2d 416, 430 (2nd Cir., 1945).

54 250 U.S. 300 (1919). S. auch Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359 (1927).

55 Beckmerhagen, S. 35.

56 472 U.S. 585 (1985).

57 Beckmerhagen, S. 35.

58 Rural Telephone Service Co. v. Feist Publications, Inc., 927 F. 2d 765, 768 (1992).

59 *Bagley/Clarkson*, 16 Harv. L.J. & Tech. 327, 333 (2003).

Effekte (wie z. B. Effizienzgewinne) nach sich zieht. Überwiegen diese die wettbewerbsbeschränkenden Effekte, stellt das zur Frage stehende Verhalten keine Verletzung des Sec. 2 Sherman Act dar.[60] Bei einer nachteiligen Wirkung für Wettbewerber oder Verbraucher ist die Wettbewerbswidrigkeit des monopolistischen Verhaltens indiziert, sofern keine sachlichen Rechtfertigungsgründe eingreifen.[61] Ein besonderer Fall der Monopolisierung ist das *monopoly leveraging*, die Übertragung der Marktmacht von einem Markt auf einen anderen, also die Nutzung der Monopolstellung als „Hebel" für die Kontrolle weiterer Märkte.[62]

Die Vorschrift nach Sec. 2 Sherman Act wird einschränkend dahin ausgelegt, dass die inkriminierte Verhaltensweise ein wettbewerbsfremdes Element enthält und nicht lediglich Konsequenz überlegener Marktleistung ist (*thrust-upon defense*). Sec. 2 Sherman Act erfasst mitunter Fälle wie den Aufkauf von Wettbewerbern oder entsprechende Joint Ventures, Ausschließlichkeitsbindungen und Koppelungsverträge sowie unrechtmäßige Schutzrechtsberühmungen, in seltenen Fällen auch den Einsatz von Kampfpreisen (*predatory practices*).[63]

Dieses allgemeine Monopolisierungsverbot unterscheidet das US-amerikanische Recht von dem System des europäischen Rechts, in welchem das Verhältnis von Marktstrukturkontrolle und Verhaltenskontrolle bei Unternehmenszusammenschlüssen eine Rolle spielt. Die Problematik besteht darin, dass monopolisierendes und rationales Verhalten nur schwer unterschieden werden kann. In einem der berühmten Urteile zum Monopolisierungsverbot hat Richter *Learned Hand* diesen Konflikt gekennzeichnet: Das erfolgreiche, zum Wettbewerb genötigte Unternehmen dürfe nicht (wegen Monopolisierung) verurteilt werden, nachdem es aus dem Wettbewerb als Sieger hervorgegangen ist.[64]

---

60 *Bagley/Clarkson*, 16 Harv. L.J. & Tech. 327, 333 (2003).

61 Beckmerhagen, S. 38.

62 Zum *leveraging* ausführlicher *Beckmerhagen*, S. 38 ff.

63 Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., U.S. 125 L Ed 2d 168, 185 ff. (1993); U.S. v. United Shoe Machinery Corp., 347 U.S. 521 (1954).

64 U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416 (2nd Cir., 1945).

#### 2.2.1.1 Rule of reason

Im US-amerikanischen Recht sind Einschränkungen des Verbots wettbewerbbeschränkender Vereinbarungen anerkannt.[65] Die Abwägung der für eine Verbotsentscheidung maßgeblichen Umstände wird anhand der *rule of reason* vorgenommen. Nach diesem Prinzip, das im Jahre 1911 in der Entscheidung *Standard Oil of New Jersey v. United States*[66] durch den Supreme Court festgelegt wurde, liegt ein kartellrechtlich bedenkliches Marktverhalten nur vor, wenn das betreffende Verhalten unverhältnismäßig ist. Zur Feststellung der Unverhältnismäßigkeit muss eine Abwägung stattfinden, bei der unter anderem auch die Eigenheiten des Geschäftszweigs, in dem das Verhalten stattfindet, die Natur des Verhaltens, seine tatsächlichen und potentiellen Auswirkungen auf den Wettbewerb sowie die mit dem Verhalten verfolgten Ziele berücksichtigt werden müssen.

Auflistungen der zu berücksichtigenden Umstände finden sich in verschiedenen Entscheidungen wieder.[67] Aus diesen zu berücksichtigenden Faktoren ergibt sich eine dreistufige Prüfung. Zunächst sind von der Vereinbarung ausgehende Wettbewerbsbeschränkungen im örtlich und sachlich relevanten Markt festzustellen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Beklagte Marktmacht im relevanten Markt genießt. Marktmacht wird im US-amerikanischen Recht definiert als die Fähigkeit, die Preise für das eigene Produkt auf ein Niveau anzuheben, das über dem der Preise in einem von Wettbewerb gezeichneten Markt liegt.[68] Des Weiteren hat eine Überprüfung auf hinreichend wettbewerbsfördernde Ziele zu erfolgen. Hierfür muss die Vereinbarung das Erreichen dieser Ziele tatsächlich fördern, und es dürfen keine weniger einschneidenden Mittel zur Verfügung stehen. Anschließend müssen die wettbewerbsbeschränkenden und die wettbewerbsfördernden Auswirkungen gegeneinander abgewogen werden. Bei dieser Abwägung sind die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der wettbewerbsbeschränkenden oder -fördernden Folgen der Vereinbarung sowie die Intensität und das Ausmaß der Folgen zu berücksichtigen.

---

[65] Mitchel v. Reynolds, 24 Eng. Rep. 347 (1711); Standard Oil Company Jersey v. U.S., 221 U.S. 1, 54 f. (1911).

[66] Standard Oil Company of New Jersey v. U.S., 221 U.S. 1, 60 (1911).

[67] Board of Trade of City of Chicago v. U.S., 246 U.S. 231 (1918); U.S. v. Brown University in the State of Rhode Island, 5 F. 3d 658, 668 f. (1993).

[68] Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 27, Fn. 46 (1984).

Diese Flexibilität durch die *rule of reason* steht im Gegensatz zu der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission für die Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG, die ein Maß an Starre geschaffen hat.[69]

#### 2.2.1.2 Per se approach

Gleichzeitig existiert im US-amerikanischen Kartellrecht für einige Vereinbarungen die unwiderlegliche Vermutung der Unvernünftigkeit. Hintergrund dieses *per se approach* ist, dass es Vereinbarungen gibt, die so offensichtlich wettbewerbsbeschränkend sind, dass sich eine volle Überprüfung anhand der *rule of reason* erübrigt.[70] Bei Feststellung eines Verstoßes gegen ein *per se*-Verbot steht der Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act fest. Horizontale und vertikale Preisabsprachen, Outputbegrenzungen, Boykottansprachen, Kopplungsgeschäfte und horizontale Absprachen zur Aufteilung der Märkte sind einige der Fallgruppen des *per se*-Verbots. Zweck dieser unwiderleglichen Vermutung der Unzulässigkeit einer Vereinbarung ist zum einen, Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen, zum anderen durch die abschreckende Wirkung die Zahl der Verstöße zu reduzieren sowie den Arbeitsaufwand der Gerichte zu verringern und damit die Kosten zu reduzieren.[71]

Im Zweifelsfall muss bereits bei der Wahl zwischen der *rule of reason* und dem *per se approach* eine genaue Untersuchung der Auswirkungen einer Vereinbarung auf den Wettbewerb stattfinden. Ist das Ergebnis nicht eindeutig, gilt eine Vermutung zugunsten der Anwendung der *rule of reason*.

### 2.2.2 Fusionskontrolle

Sec. 7 Clayton Act[72] ist die grundlegende Norm im US-amerikanischen Kartellrecht zu Fusionen und Übernahmen. Hiernach sind Vermögens- oder Beteiligungserwerbe verboten, die den Wettbewerb wesentlich beeinträchtigen oder die darauf abzielen, ein Monopol zu bilden:

„*No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person*

---

69 *Gippini-Fournier* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. I, Art. 81 Abs. 1, Rn. 24.

70 Standard Oil Company Jersey v. U.S., 221 U.S. 1, 65 (1911).

71 *Areeda/Hovenkamp*, Bd. VII, S. 400; Northern Pac. Ry. Co. v. U.S., 356 U.S. 1, 5 (1958).

72 15 U.S.C. § 18 (1976).

*subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. […]"*

Sec. 7 Clayton Act erfasst jede Art von Fusionen, also sowohl horizontale (*horizontal mergers*), vertikale (*vertical mergers*) als auch konglomerate Fusionen (*conglomerate mergers*) und Joint Ventures.[73] Gemäß Sec. 7A Clayton Act[74] unterliegen Unternehmenszusammenschlüsse bei Überschreitung von bestimmten Schwellenwerten einer Genehmigungspflicht.[75] Dies ist der Fall, wenn die übernehmende Partei einen Anteil an Stimmrechten und Gesamtaktiva der übernommenen Partei erhält, dessen Wert $ 200 Mio. übersteigt. Liegt der Wert der Transaktion nur zwischen $ 50 Mio. und $ 200 Mio., müssen die Parteien bestimmte Größenkriterien erfüllen. Die eine Partei muss einen Umsatz oder Aktiva von mind. $ 100 Mio. haben, die andere von mindestens $ 10 Mio. Bei einem Transaktionswert unter $ 50 Mio. entfällt die Anmeldepflicht. Weltweite elektronische B2B-Marktplätze überschreiten diese Schwellenwerte leicht.

Sec. 7 Clayton Act beurteilt die Rechtmäßigkeit von Unternehmenszusammenschlüssen nach dem SLC-Test (*substancial lessening of competition*). Danach ist ein Zusammenschluss verboten, wenn er den Wettbewerb wesentlich beeinträchtigen könnte. Ob dies der Fall ist, wird anhand der durch den Zusammenschluss bewirkten Veränderung der Marktkonzentration gemessen.[76] Die Marktkonzentration ist eine Messgröße für das Ausmaß, in dem auf dem relevanten Markt das Angebot von dem größten Unternehmen dominiert wird.[77] Zur Messung der Marktkonzentration wird vornehmlich der Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) verwendet, der mit Zahlenwerten von 0 bis 10.000 arbeitet. Ein HHI bis 1000 deutet auf eine niedrige Marktkonzentration, also auf eine geringe Kontrolle durch das stärkste Unternehmen, hin. Ein Wert von 1000 bis 1800 deutet auf eine mittlere Marktkonzentration, ein HHI von über 1800

---

[73] Zum Ganzen *Blechmann/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 88-107.

[74] Eingeführt durch den sog. Hart-Scott-Rodino Act, 15 U.S.C. § 18a (1976).

[75] Zum Ganzen *Blechmann/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 86; *Lochen*, S. 81 f.

[76] *Lochen*, S. 81 f.

[77] *Blechmann/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 90.

deutet auf eine hohe Marktkonzentration hin.[78] Bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses sind zwei HHI-Werte relevant, und zwar jeweils der HHI-Wert des relevanten Marktes vor und nach dem geplanten Zusammenschluss. Der HHI-Wert vor dem Zusammenschluss (die gegenwärtige Marktkonzentration) wird aus der Summe der Quadrate der Marktanteile der beteiligten Unternehmen (in Prozent) gebildet.[79] Ein Markt mit einem 100-prozentigen Monopol würde demnach einen HHI von 100 x 100 = 10.000 ergeben. Der HHI-Wert nach dem Zusammenschluss wird hingegen nach einer anderen Formel berechnet: man multipliziere die bestehenden Marktanteile der Unternehmen und verdoppele das Produkt.[80] Durch die letztere Methode ergeben sich höhere Werte für den HHI nach dem Zusammenschluss. Die amerikanischen Richtlinien für horizontale Zusammenschlüsse von 1992[81] legen fest für die Beurteilung anhand der HHI-Werte folgende Regeln fest:

- Zusammenschlüsse auf einem Markt mit einem HHI von unter 1000 nach dem Zusammenschluss sind i. d. R. unbedenklich;
- bei einem HHI nach dem Zusammenschluss von 1000 bis 1800 ist nur dann eine eingehende Analyse erforderlich, wenn der Zuwachs des HHI über 100 beträgt;
- bei einem HHI nach dem Zusammenschluss von über 1800 gibt bereits ein Zuwachs von 50 Punkten Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken, bei einem Zuwachs von 100 Punkten werden negative Auswirkungen für den Markt vermutet.

Um der Federal Trade Commission und dem US-Justizministerium die Möglichkeit zu geben, den Zusammenschluss noch vor dessen Vollzug zu beurteilen, wurde 1976 der *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* (*HSR Act*) erlassen. Nach dem HRS Act müssen die Parteien eine geplante Übernahme der Federal Trade Commission und dem US-Justizministerium formal anmelden und eine 15- bis 30-Tage-Frist abwarten, bevor der Vermögens- oder Beteiligungserwerb vollzogen werden darf.

Gleichzeitig können diese Geschäfte als unzumutbare Wettbewerbsbeschränkung oder Gründung eines Monopols auch unter Sec. 1 und Sec. 2 Sherman Act fallen.

Da der Begriff „Vermögen“ im HSR Act nicht weiter definiert ist, wird auf die gerichtliche Auslegung des Sec. 7 Clayton Act Rückgriff genommen. Hiernach fallen unter einen

---

78 *Lochen*, S. 82.

79 Zum Rechenmodell des HHI s. *Blechmann/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 90.

80 *Lochen*, S. 83.

81 U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (S. o. Fn. 35).

Vermögenserwerb sowohl der Erwerb dinglicher als auch immaterieller Vermögenswerte. Somit erfordert beispielsweise auch der Erwerb exklusiver Patentrechte eine vorherige Anmeldung. Der Beteiligungserwerb ist definiert in Regeln der Federal Trade Commission. Hiernach fallen unter den Beteiligungserwerb im Großen und Ganzen alle Beteiligungen, die den Inhaber ermächtigen, sich an der Wahl des Vorstandes zu beteiligen. Alle weiteren Beteiligungsformen sind vom HSR Act ausgenommen.

### 2.2.3 US-amerikanisches Kartellrecht in der Internetökonomie

Das US-amerikanische Kartellrecht kennt keine speziellen Vorschriften für internetspezifische Sachverhalte. Auch hier stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des herkömmlichen Kartellrechts auf Sachverhalte in der Internetökonomie. Im Jahre 2002 hat der US-Kongress jedoch eine Expertenkommission gegründet, die U.S. Antitrust Modernization Commission (AMC). Diese Kommission soll untersuchen, ob das US-amerikanische Kartellrecht modernisierungsbedürftig ist. Die Ergebnisse dieser Expertengruppe werden im Mai 2007 erwartet. Der Untersuchungsgegenstand ist sehr vielschichtig. Unter anderem umfasst die Arbeit der AMC auch die Frage nach der Bedeutung des technischen Fortschritts für die kartellrechtliche Praxis.[82] Die AMC untersucht, ob Branchen, die einen bedeutenden technischen Fortschritt mit sich bringen, unter dem Kartellrecht anders behandelt werden sollten als die herkömmlichen Industriezweige. Des Weiteren beschäftigt sich die AMC mit der Frage, wie das geltende Immaterialgüterrecht den Wettbewerb beeinflusst, und ob das Kartellrecht auch hinsichtlich der Schnittstelle zwischen Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht modernisierungsbedürftig ist.

Bis zur Vorlage der Ergebnisse durch die AMC und bis zur Modernisierung des Kartellrechts gilt im US-amerikanischen Kartellrecht, dass das herkömmliche Kartellrecht auf die Sachverhalte aus der Internetökonomie Anwendung findet.

## 2.3 Internationales Kartellrecht

Die zunehmende Globalisierung der Märkte bringt es mit sich, dass wettbewerbsrelevante Sachverhalte immer häufiger internationale Ausmaße annehmen. Die gleichzeitige Anwendung verschiedener Wettbewerbsregeln birgt die Gefahr, einander widersprechender Entscheidungen mit schwerwiegenden Auswirkungen auf die Rechtssicherheit.

---

[82] *Sagers*, ZWeR 2006, 278, 281.

Im deutschen und europäischen Kartellrecht gilt in Fragen über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Sachverhalte mit Auslandsbezug das kartellrechtliche Auswirkungsprinzip.[83] Im nationalen Recht ist das Auswirkungsprinzip in § 130 Abs. 2 GWB geregelt. Hiernach ist das GWB auf alle Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, die sich im Inland auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Auch im europäischen Recht wird überwiegend das Auswirkungsprinzip angewendet. Der Europäischen Gemeinschaft soll es in Zeiten grenzüberschreitenden Verkehrs und moderner Kommunikationsverbindungen gestattet sein, zum Wettbewerbsschutz auch die Teilnahme von Drittstaatsunternehmen an ihrer Wirtschaftsordnung zu regeln. Angesichts moderner Kommunikationsmittel führt die Anwendung des reinen Territorialisierungsprinzips nicht immer zu ausgeglichenen Ergebnissen. Vielmehr besteht zunehmend die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Auswirkung von wettbewerbsrelevanten Sachverhalten, so dass das Territorialitätsprinzip allein keiner angemessenen Lösung zugänglich ist. Entscheidend ist insofern das Bezwecken oder Bewirken des relevanten Verhaltens.

Das Auswirkungsprinzip findet auch in der US-amerikanischen Kartellrechtspraxis Anwendung. Bereits seit langem vertreten die Vereinigten Staaten den Standpunkt, dass Verhalten, welches sich auf den US-Binnen- oder Außenhandel wettbewerbsschädigend auswirkt, von amerikanischer Seite verfolgt werden kann.[84] Dabei sei es unbeachtlich, wo das zu verfolgende Verhalten stattfände und welche Staatsangehörigkeit die daran beteiligten Parteien hätten. Insbesondere sind das amerikanische Justizministerium und die Federal Trade Commission nach amerikanischem Recht umfassend befugt, Rechtsverfolgungsmaßnahmen zu ergreifen, falls im Ausland stattfindende Handlungen eine „direkte, beträchtliche und vorhersehbare“ Auswirkung auf Einfuhr, Ausfuhr oder den Handel innerhalb der Vereinigten Staaten haben.[85]

Die US-Kartellbehörden erkennen jedoch eine Vielzahl von Beschränkungen bei der internationalen Durchsetzung ihres Kartellrechts an. Einige dieser Positionen der Vereinigten Staaten findet sich ausführlich in den von der Federal Trade Commission und dem US-

---

[83] EuGH Slg. 1972, 619 – ICI; EuGH Slg. 1988, 5193 – Ahlströhm; *Bunte* in: Langen/Bunte, Einführung in das EU-Kartellrecht, Rn. 63 – 65*; Rehbinder* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 130 Abs. 2, Rn. 15 ff.

[84] U.S. v. Aluminium Co. of America, 148 F. 2d 416 (2nd Cir., 1945).

[85] Foreign Trade Antitrust Improvements Act, 15 U.S.C. § 6a (1988).

Justizministerium gemeinsam herausgegebenen Gemeinsamen Internationalen Antitrust Richtlinien.[86]

Des Weiteren existiert zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den USA ein Kooperationsabkommen.[87] Dieses Abkommen sieht Folgendes vor:

- die gegenseitige Notifizierung von Fällen, zu denen die Wettbewerbsbehörden der einen oder der anderen Seite Untersuchungen führen und die wichtige Interessen der anderen Seite beeinträchtigen können (Artikel II), sowie den Informationsaustausch über allgemeine Aspekte der Anwendung der Wettbewerbsregeln (Artikel III);
- die Zusammenarbeit und die Koordinierung der von den Wettbewerbsbehörden beider Seiten durchgeführten Aktivitäten (Artikel IV);
- ein herkömmliches *Comity*-Verfahren, demzufolge sich jede Partei verpflichtet, bei der Durchsetzung ihrer Wettbewerbsregeln die wichtigen Belange der anderen Partei zu berücksichtigen (Artikel VI);
- ein *Positive Comity*-Verfahren, demzufolge jede Partei die andere Partei auffordern kann, geeignete Maßnahmen auf der Grundlage ihres Wettbewerbsrechts zu ergreifen, um gegen ein wettbewerbswidriges Verhalten auf ihrem Territorium, das wichtige Belange der ersuchenden Partei beeinträchtigt, vorzugehen (Artikel V).

Zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den USA ist darüber hinaus ein weiteres Abkommen abgeschlossen worden, das in den gegenseitigen Beziehungen im Bereich des Wettbewerbs das Prinzip der *positive comity* (entgegenkommendes Verhalten) stärkt. Damit sollen nach Möglichkeit Parallelverfahren vermieden werden.[88]

Auch die AMC beschäftigt sich im Rahmen ihrer Überlegungen zur Modernisierung des US-amerikanischen Kartellrechts mit Fragen zur internationalen Wettbewerbspolitik.[89] Die AMC beabsichtigt den bereits häufig kritisierten *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* neu aufzugreifen, um die außerterritoriale Anwendung des US-amerikanischen Kartellrechts zu klären.

---

[86] U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, 1995, abrufbar unter http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.htm.

[87] Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln, ABl. 1995 Nr. L 95/45.

[88] Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung der "Positive Comity"-Grundsätze bei der Durchsetzung ihrer Wettbewerbsregeln, ABl. 1998 Nr. L 173/28.

[89] *Sagers*, ZWeR 2006, 278, 282.

# 3 Marktabgrenzung

Die technischen und ökonomischen Innovationen der Internetökonomie stellen die kartellrechtliche Marktabgrenzung vor neue, in weiten Teilen bisher unbewältigte, Herausforderungen. Bevor im zweiten und dritten Abschnitt dieses Kapitels beurteilt wird, inwieweit die herkömmliche Marktabgrenzung im US-amerikanischen und europäischen Recht diesen Herausforderungen gewachsen ist, seien zunächst die wesentlichen Grundsätze der Marktabgrenzung vorgestellt und verglichen.

## 3.1 Grundsätze der Marktabgrenzung

Sowohl im US-amerikanischen als auch im europäischen Kartellrecht setzt das Ergreifen von Maßnahmen gegen Wettbewerbsbeschränkungen die vorherige Festlegung des relevanten Marktes im Wege der Marktabgrenzung voraus. Anderenfalls könnte angesichts der Vielfalt des modernen Waren- und Dienstleistungsverkehrs bei gleichzeitiger Diversifität der Anbieter die wettbewerbsbeschränkende Wirkung unternehmerischen Handelns nicht hinreichend bestimmt werden. Die Marktabgrenzung ist in allen Kartellrechtsordnungen Vorbedingung für die Anwendung der Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle. Auch im Rahmen des europäischen Kartellverbots (Art. 81 EG) hat die Marktabgrenzung im Hinblick auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel und die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung an Bedeutung gewonnen.[90]

Die Marktabgrenzung erfolgt dabei teilweise nach unterschiedlichen, sich aber langsam angleichenden Konzepten. Die Divergenzen lassen sich insbesondere bei der Bestimmung räumlicher Märkte feststellen. Im amerikanischen Recht wird tendenziell von eng begrenzten lokalen und regionalen, im europäischen und im deutschen Recht häufiger von nationalen oder supranationalen Märkten ausgegangen. Mögliche Erklärung für diese tendenziellen Unterschiede kann der verschiedenartige Ansatzpunkt der kartellrechtlichen Kontrolle in beiden Rechtsordnungen sein. Während im deutschen und europäischen Recht Regulierungseingriffe bereits bei einer marktbeherrschenden Stellung möglich sind, sieht das US-amerikanische Recht die Wettbewerbsgefahren im Monopol. Monopole ergeben sich in eng begrenzten Märkten eher als in weiten Märkten. Für die betreffenden Unternehmen können diese Differenzen bei der Marktabgrenzung erhebliche Bedeutung erlangen: je enger

---

[90] *Emmerich*, § 4, Rn. 63.

der relevante Markt gefasst wird, desto wahrscheinlicher ist eine machtstarke Stellung eines Unternehmens und damit die kartellrechtliche Relevanz seines Handelns.

### 3.1.1 Grundsätze der Marktabgrenzung im US-amerikanischen Recht

Der Markt wird im US-amerikanischen Kartellrecht ebenso wie im deutschen und europäischen Recht als der Ort angesehen, an dem sich Angebot und Nachfrage treffen.[91] Aus diesem Verständnis ergeben sich die sachliche, räumliche und zeitliche Dimension des Marktes, wobei die letzte Dimension regelmäßig keine Rolle spielt.[92] Insbesondere zu beachten sind bei der Marktabgrenzung die *Horizontal Merger Guidelines*[93] des amerikanischen Justizministeriums und der Federal Trade Commission, die in der Praxis auch außerhalb der Fusionskontrolle Bedeutung erlangt haben.[94]

#### 3.1.1.1 Sachlicher Markt

Der Produktmarkt besteht im US-amerikanischen Recht aus allen Produzenten, die – aufgrund der Ähnlichkeit ihrer Produkte – die tatsächliche oder potentielle Möglichkeit haben, sich gegenseitig ihren Marktanteil streitig zu machen.[95] Der sachlich relevante Markt soll die Produkte umfassen, welche potentiell oder tatsächlich miteinander im Wettbewerb stehen.[96] Dies wird primär durch das Merkmal der Produktaustauschbarkeit auf der Nachfrageseite bestimmt. Danach ist zu fragen, welche Produkte aus der Sicht der Nachfrager im Hinblick auf ihre Funktion und Qualität austauschbar sind.[97] Ob dies der Fall ist, wird regelmäßig anhand der Kreuzpreiselastizität festgestellt. Hierbei wird geprüft, ob die Nachfrager in der Lage sind, ein Produkt wegen einer nicht unbeachtlichen Preissteigerung durch ein anderes

---

91 Vgl. *Areeda/Hovenkamp*, Bd. IIA, S. 180; *Blechmann/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 74.

92 Vgl. *Blechmann/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 74.

93 U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (S. o. Fn. 35).

94 *Eblen*, 56 Baylor L. Rev. 49, 58 (2004).

95 SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co., 575 F. 2d 1056, 1063 (3d Cir. 1978).

96 *Gellhorn/Kovacic/Calkins*, S. 117; *Blechmann/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 74; SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co., 575 F. 2d 1056, 1063 (3d Cir. 1978).

97 U.S. v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 399 (1956); FTC v. Staples Inc., 970 F. Supp. 1066, 1074 (D.D.C. 1997).

Produkt zu ersetzen. Sämtliche austauschbare Produkte begründen den sachlich relevanten Markt.

Ergänzend wird auf die Angebotsseite abgestellt.[98] Es werden demzufolge die Hersteller anderer Produkte hinzugezählt, welche ihr Angebot und ihre Produktion ohne signifikante Investitionen innerhalb eines relativ kurzen Zeitraumes umstellen können und sich dadurch in die Lage versetzen können, das relevante Produkt anzubieten.

In der 1992 vom amerikanischen Justizministerium und der Federal Trade Commission erlassenen Richtlinie über horizontale Fusionen (*Horizontal Merger Guidelines*) wird konkretisierend gesagt, dass die Unternehmen ein und dem selben Markt angehören, welche zur Zeit das relevante Produkt produzieren oder verkaufen, sowie jeder andere Anbieter, dessen Einbeziehung die Bestimmung einer möglichen Angebotsreaktion genauer ermöglicht. Eine Angebotsreaktion durch einen Produzenten wird in der Richtlinie als möglich angesehen, wenn die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der jeweilige Produzent sein Angebot innerhalb eines Jahres ohne signifikante Investitionen und als Reaktion auf leicht gestiegene Marktpreise umstellen kann. Die Wahrscheinlichkeit soll dabei nach Faktoren wie den technischen Möglichkeiten des Produzenten und seinen individuellen Schwierigkeiten eine Produktakzeptanz zu erreichen, sowie das Produkt zu vertreiben, beurteilt werden.

#### 3.1.1.2 Räumlicher Markt

Nach Rechtsprechung des U.S. Supreme Court bildet der relevante räumliche Markt das Gebiet, in dem der Anbieter des relevanten Produktes geschäftlich tätig wird und auf das der Verbraucher zurückgreifen kann, um sich mit Alternativen aus derselben Produktgruppe zu versorgen.[99] Wiederholt hat der U.S. Supreme Court diese Definition nicht konsequent angewendet, sondern den Schwerpunkt seiner Gewichtung auf die Angebotsseite verlagert, wodurch der räumlich relevante Markt im Ergebnis enger gefasst wurde.[100] Daher gibt es

---

[98] U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (S. o. Fn. 35), S. 9; Yoder Bros. v. Cal.-Fl. Plant Corp., 537 F. 2d 1347, 1367 f. (5th Cir. 1976); U.S. v. Ivaco, Inc., 704 F. Supp. 1409, 1417 (W.D. Mich. 1989).

[99] Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961); U.S. v. Eastman Kodak Co., 63 F. 3d 95 (2d Cir. 1995); *Blechmann/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 97; *Gellhorn/Kovacic/Calkins*, S. 124.

[100] *Chirayath*, 46 B. C. L. Rev. 1027 (2005); *Eblen*, 56 Baylor L. Rev. 49, 57 (2004).

verschiedene, ergänzende Ansätze, die Angebots- und Nachfrageseite ins richtige Verhältnis bringen wollen.[101]

Ein – auch von der Rechtsprechung berücksichtigter, aber nichtsdestotrotz umstrittener – Ansatz ist der sog. *shipments approach*.[102] Ein Gebiet ist hiernach dem räumlich relevanten Markt zuzuordnen, wenn mehr als 10% des relevanten Produktes, welches im räumlich relevanten Markt produziert wird, in dieses Gebiet exportiert wird. Dasselbe gilt für ein Gebiet, wenn die Konsumenten des räumlich relevanten Marktes mehr als 10% des gesamten Produktverbrauches von dort beziehen. Hauptkritikpunkt am *shipments approach* ist, dass sie die Auswirkungen zukünftiger, potentieller Lieferungen nicht hinreichend berücksichtige.[103]

Einen weiteren Ansatz stellt der *diversion approach* dar.[104] Danach ist ein außerhalb eines räumlich relevanten Marktes ansässiger Anbieter bereits nach seiner ersten Lieferung in den betreffenden Markt mit einzubeziehen, da er dadurch seine Fähigkeit nachgewiesen hat, mit den Anbietern des räumlich relevanten Marktes zu konkurrieren. Indes besteht bei diesem Ansatz die Gefahr, dass die potentiellen wettbewerblichen Auswirkungen von Lieferungen überbewertet werden.

Insofern wenden die *Horizontal Merger Guidelines* die Kriterien zur Bestimmung des sachlich relevanten Marktes entsprechend zur Festlegung des räumlich relevanten Marktes an.[105] Wenn auch noch keine ausnahmslose, so ist doch zumindest eine zunehmende Befolgung dieses Ansatzes durch die Rechtssprechung zu beobachten.[106]

### 3.1.2 Grundsätze der Marktabgrenzung im Europäischen Recht

Der EuGH[107] und die Kommission[108] legen ihren Entscheidungen das Marktmacht- und das Bedarfsmarktkonzept zugrunde. Nach dem Marktmachtkonzept ist ein Unternehmen nicht per

---

[101] *Chirayath*, 46 B. C. L. Rev. 1027, 1044 (2005).

[102] *Areeda/Hovenkamp*, Bd. IIA, S. 252. Vgl. auch *Eblen*, 56 Baylor L. Rev. 49, 68 (2004); *Chirayath*, 46 B. C. L. Rev. 1027, 1044 – 1047 (2005). Der Test wird teilweise auch als *Elzinga-Hogarty*-Test bezeichnet.

[103] *Chirayath*, 46 B. C. L. Rev. 1027, 1044-1047 (2005).

[104] *Chirayath*, 46 B. C. L. Rev. 1027, 1047-1049 (2005); *Eblen*, 56 Baylor L. Rev. 49, 59-62 (2004).

[105] U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (S. o. Fn. 35), S. 8 ff.

[106] *Chirayath*, 46 B. C. L. Rev. 1027, 1050, 1051 (2005).

[107] Etwa EuGH Slg. 1997, II-1439, 1472 ff.; EuGH Slg. 1997 II-1689, 1713, Rn. 54.

se marktbeherrschend. Fälle einer reinen Größenmacht werden regelmäßig nicht erfasst.[109] Beim Bedarfsmarktkonzept wird ähnlich der Marktabgrenzung im US-amerikanischen Recht nach der Austauschbarkeit von Produkten aus Sicht der Nachfrager und nach der Angebotsumstellungsflexibilität aus Sicht der Anbieter gefragt.[110]

Die Abgrenzung des relevanten Marktes erfolgt stets im Einzelfall. Dabei ist der Markt – wie im US-amerikanischen Recht – der ökonomische Ort, an dem Angebot und Nachfrage zusammentreffen.[111] Dieser ideale Ort hat eine sachliche und eine räumliche (und in Ausnahmefällen auch eine zeitliche) Komponente.[112] Daher wird der Markt ebenfalls in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abgegrenzt. Da dass deutsche Kartellrecht Modell für die Ausgestaltung im europäischen Recht war und ist, wird im Folgenden nur auf das europäische Recht eingegangen.

Durch die Neufassung der EG-Fusionskontrollverordnung im Jahr 2004[113] ist der materielle Beurteilungsmaßstab der Zusammenschlusskontrolle um einen Wettbewerbsbehinderungstest erweitert worden, von dem der bisherige Marktbeherrschungstest nur noch den Regelfall („insbesondere“) darstellen soll.[114] Obwohl hierdurch die Konzepte zur Marktabgrenzung nicht berührt worden sind, ist eine Annäherung an das US-amerikanische Recht unverkennbar.

#### 3.1.2.1 Sachlicher Markt

Bei der Frage, welche Güter und Leistungen miteinander auf einem Markt konkurrieren, bedient sich das europäische Recht zur Bestimmung des sachlich relevanten Marktes des oben bereits diskutierten Bedarfsmarktkonzeptes.[115] Nach den Leitlinien der Kommission umfasst

---

[108] Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABl. 1997 Nr. C 372/5, Rn. 7, 13 ff.; Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen (S. o. Fn. 38), Rn. 90.

[109] *Emmerich*, § 9, Rn. 5.

[110] *Emmerich*, § 4, Rn. 66 ff., § 8, Rn. 8 ff.

[111] *Trafkowski*, S. 31.

[112] *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82, Rn. 5; *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rn. 58; *Trafkowski*, S. 31.

[113] Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (S. o. Fn. 30).

[114] Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO. Dazu *Ehricke* in: Frankfurter Kommentar, Bd. III, Art. 2 FKVO, Rn. 2, 3, 111-126; *Simon* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. I, FKVO, Rn. 14, 43-53.

[115] *Emmerich*, § 4, Rn. 64; *Trafkowski*, S. 31; *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19, Rn. 24.

der sachlich relevante Markt dementsprechend sämtliche Produkte, die vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.[116] Zur Ermittlung der Substituierbarkeit prüft die Kommission, inwieweit die Nachfrager bei einer geringen, nicht nur vorübergehenden Erhöhung der Preise der Produkte des sachlich relevanten Marktes auf andere Produkte ausweichen würden. Wäre die Preiserhöhung für die Anbieter im sachlich relevanten Markt aufgrund des zu erwartenden Absatzrückgangs nicht erträglich, so bezieht die Kommission die anderen Produkte mit ein.[117]

Darüber hinaus wird in Ausnahmefällen auf das Kriterium der Angebotsumstellungsflexibilität auf Anbieterseite abgestellt.[118] Insofern wird die Möglichkeit anderer Anbieter berücksichtigt, kurzfristig und ohne erhebliche Zusatzkosten in den sachlich relevanten Markt einzutreten.

#### 3.1.2.2 Räumlicher Markt

Nach der Rechtsprechung des EuGH und der Entscheidungspraxis der Kommission handelt es sich beim räumlich relevanten Markt mit Blick auf Art. 9 Abs. 7 FKVO um einen abgegrenzten Bereich, in dem das fragliche Erzeugnis vertrieben wird und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind, während es sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet, die auch von den unten diskutierten Transportkosten, Sprachbarrieren und rechtlichen Rahmenbedingungen abhängen.[119] Zur Bestimmung des räumlich relevanten Marktes wird erneut auf die bereits oben genannten Kriterien der Produktaustauschbarkeit auf Nachfrageseite und der Angebotsumstellungsflexibilität auf Angebotsseite zurückgegriffen.[120] Das Bedarfsmarktkonzept wird also entsprechend auf die Marktabgrenzung in räumlicher Hinsicht angewendet.

---

[116] Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes (S. o. Fn. 108), Rn. 7. Vgl. auch *Bechtold*, § 19, Rn. 6; *Commichau/Schwartz*, Rn. 287; *Emmerich*, § 4, Rn. 64; *Schmidt*, S. 50; *Trafkowski*, S. 31.

[117] Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes (S. o. Fn. 108), Rn. 15-17.

[118] Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes (S. o. Fn. 108), Rn. 20 ff. Vgl. auch *Emmerich*, § 4, Rn. 67.

[119] Etwa EuGH Slg. 2002, II-4075, 4115, Rn. 153 ff.; Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes (S. o. Fn. 108), Rn. 8. Vgl. die weiteren Ausführungen unten S. 37 ff.

[120] Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes (S. o. Fn. 108), Rn. 10 ff.

Damit ist zu berücksichtigen, wo sich die Nachfrager realistischerweise mit den Produkten eindecken können und inwiefern Anbieter aus anderen Gebieten das betreffende Gebiet beliefern können. Für die Beurteilung können mithin etwa Transportkosten i. e. S., Versandkosten, Sprachbarrieren oder spezielle, nur regional nutzbare Produkteigenschaften entscheidend sein. Die

Bestimmung des räumlich relevanten Marktes erfolgt also nach rein ökonomischen Kriterien.

Für die Zwecke des Art. 81 EG kann regelmäßig kann vom Bezugsgebiet der fraglichen Vereinbarung ausgegangen werden, so dass eine Marktabgrenzung im Einzelfall entbehrlich sein kann.[121]

### 3.1.3 Zusammenfassung

Die Unterschiede zwischen den verschiedenen Marktabgrenzungskonzepten ebnen sich in einer globalen Wirtschaft immer stärker ein. So stellen beide Rechtsordnungen bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes primär auf die Produktaustauschbarkeit auf Nachfrageseite und ergänzend auf die Angebotsumstellungsflexibilität auf Anbieterseite ab. Auch die Definition des räumlich relevanten Marktes weist im Grundsatz keine großen Unterschiede auf.[122] Im Einzelfall kann es indes aufgrund unterschiedlicher wirtschaftlicher Strukturen in den USA und der EG zu ungleichen Ergebnissen kommen. Darüber hinaus besteht stets die Möglichkeit, dass politische Wertungen in die konkrete Marktabgrenzung einfließen. Außerdem können Abweichungen darauf beruhen, dass im europäischen Recht im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht nicht auf das Monopol-, sondern auf das Marktmachtkonzept abgestellt wird.[123]

Für die Fragen der Marktabgrenzung in der Internetökonomie kann mithin davon ausgegangen werden, dass sie nicht durch grundsätzliche methodische Unterschiede erschwert wird. Dieser Befund erleichtert die Bestimmung relevanter Märkte im Internet und über das Internet aufgebauter Märkte trotz des Bestehens der verschiedenen Kartellrechtsordnungen.

---

[121] *Emmerich*, § 4, Rn. 65, 71.

[122] Vgl. *Snyder*, 29 Law & Pol'y Int'l Bus. 115, 125-127 (1997); *Kauper*, 74 St. John's L. Rev. 305, 329 (2000).

[123] Vgl. dazu oben S. 17 ff., 29.

## 3.2 Marktabgrenzungen in der Internetökonomie

Aufgrund der im Wesentlichen übereinstimmenden Marktabgrenzungskonzeptionen im US-amerikanischen und europäischen Recht sollen beide Rechtsordnungen bei der folgenden Anwendung der Grundsätze auf die Internetökonomie gemeinsam behandelt werden. Zu beachten ist, dass bislang lediglich im Bereich von B2B-Marktplätzen und Internetzugangsmärkten auf eine umfangreiche Entscheidungspraxis zurückgegriffen werden kann. Im Gegensatz dazu sind Marktabgrenzungsfragen für die anderen Produktangebote der Internetökonomie bislang nur ganz vereinzelt Gegenstand von Marktabgrenzungen europäischer oder US-amerikanischer Gerichte und Kartellbehörden geworden.[124] Daher haben sich hier noch keine festen Abgrenzungsparameter herausgebildet. Es fehlen mithin bis heute tragfähige Leitlinien für die Bestimmung sachlicher und geographischer Märkte im Internet, von dogmatischen Strukturierungen ganz zu schweigen.

### 3.2.1 Sachliche Marktabgrenzung

Bei der Bedarfsdeckung über das Internet ist aufgrund der Eindimensionalität der Internet-Angebote anders als im traditionellen Offline-Vertrieb für den Nachfrager nicht zu erkennen, welche Produkte auf den anwählbaren Websites angeboten werden. Aufgrund dieser Tatsache wird teilweise im Zuge des Substitutionslückenkonzepts vertreten, dass die Anbieter nicht in einem Produktwettbewerb stünden. Vielmehr würde auf dieser Stufe um die allgemeine Aufmerksamkeit der potentiellen Nachfrager gekämpft, um sie auf die eigene Website zu leiten.[125] Alle Anbieter im Internet stünden daher auf der gleichen Stufe; eine Separierung von Märkten anhand von Produkten könne nicht erfolgen, weil dem Nachfrager eine solche Differenzierung nicht erkennbar sei. Allerdings löst sich die Eindimensionalität des Internets durch die Bekanntheit von Internet-Adressen und Suchmaschinen schnell auf. Von einer besonderen Wettbewerbssituation im Gegensatz zur mit Produkt- oder Imagewerbung arbeitenden Offline-Wirtschaft um die Aufmerksamkeit der Nachfrager kann nicht gesprochen werden.

Führt die Eindimensionalität des Internets nicht zu einer Auflösung der Produktorientierung für die Marktabgrenzung im internetbasierten Geschäft, kann die sachliche Marktabgrenzung nach den herkömmlichen Methoden vorgenommen werden. Auffällig in der bisherigen

---

[124] Siehe auch *Eblen*, 56 Baylor L. Rev. 49, 79 (2004); *Kirsch/Weesner*, 12 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 297, 299, 308 (2006).

[125] Vgl. *Zerdick*, S. 17, 36 ff.

Entscheidungspraxis ist, dass neben die Betrachtung der Marktgegebenheiten für die im Internet gehandelten Produkte fast immer eine Erörterung eines gesonderten Markts für bestimmte Arten von Internet-Infrastrukturen folgt. Wer einen physischen Markt für den Austausch von Produkten bereitstellt, bietet damit selbst ein Produkt an. Nicht anders liegt die Situation bei Internet-Infrastrukturen: die B2B- oder B2C-Plattform ist das virtuelle Gegenstück zum physischen Markt. Die Besonderheit liegt allein darin begründet, dass der Anbieter der Internet-Infrastruktur häufig selbst Produkte über den von ihm eröffneten „virtuellen Markt" anbietet oder nachfragt. Ist ein Unternehmen in zwei oder mehr Richtungen Anbieter oder Nachfrager von Produkten, muss bei der sachlichen Marktabgrenzung in alle Richtungen der relevante Markt bestimmt werden.

Sofern bei Internetanwendungen offene Standards oder Industriestandards Verwendung finden, stellt sich auf Nachfrageseite keine Bindungswirkung ein, und die gehandelten Produkte können isoliert voneinander gesehen und die Märkte entsprechend trennscharf abgegrenzt werden. Anders verhält es sich, wenn beispielsweise an Schnittstellen zwischen Geräten und/oder Softwareapplikationen proprietäre Standards gesetzt werden, deren Nutzung Wettbewerbern nicht oder nur sehr eingeschränkt zur Verfügung steht. Ist dies der Fall, so sind gegebenenfalls benachbarte oder nachgelagerte Produktmärkte mit einzubeziehen, um die Möglichkeit einer Übertragung von Monopolmacht (*leveraging*) von einem Markt auf einen (vermeintlich) anderen systematisch erfassen zu können, wie dies im Microsoft-Fall nahe liegt.[126]

Zu klären ist des Weiteren, ob Produkte, die sowohl ausschließlich über das Internet (Online-Produkte) als auch auf herkömmliche Weise – also verkörpert auf Datenträgern – vertrieben werden, in einen sachlich relevanten Markt zu fassen sind. Im Fusionskontrollverfahren *AOL/Time Warner* ging die FTC nicht weiter auf diese Fragestellung ein.[127] Die Kommission nahm allerdings an, dass der Markt für die Online-Verbreitung von Musik vom Markt für die körperliche Verbreitung von Musik zu unterscheiden sei.[128] Da die Kommission auf dem ersteren Markt eine marktbeherrschende Stellung von AOL/Time Warner prognostizierte,

---

[126] Vgl. hierzu auch Zimmerlich/David/Veddern und Zimmerlich/Aufderheide.

[127] Federal Trade Commission, File No. 001 0105, Dkt. No. C-3989 – AOL/Time Warner, abrufbar unter http://www.ftc.gov/opa/2000/12/aol.htm.

[128] Kommission vom 11.10.2000 – Comp/M.1845 – AOL/Time Warner, Rn. 18 ff. Vgl. auch Kommission vom 20.07.2000 – COMP/JV.48 – Vodafone/Vivendi/Canal Plus.

genehmigte sie den Zusammenschluss nur unter Auflagen.[129] Die Entscheidung wird im Schrifttum als politische Entscheidung kritisiert. Um regulatorisch in den (sich neu entwickelnden) Markt für Online-Musik eingreifen zu können, habe die Kommission das Kriterium der Nachfragesubstituierbarkeit nicht hinreichend berücksichtigt.[130] Der District Court von Virginia entschied in einem etwas anders gelagerten, aber vergleichbaren Fall, dass kein eigenständiger sachlich relevanter Markt für E-Mail-Werbung bestehe.[131] So sei diese Art der Werbung aus Sicht des werbeschaltenden Nachfragers mit Werbung über andere Medien (Internet, Fernsehen, Radio oder Zeitung) austauschbar.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass sich bei internetbasiertem Geschäft keine juristischen Besonderheiten für die sachliche Marktabgrenzung ergeben.[132] Zwar sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten beim Produktabsatz im internetbasierten Geschäft teilweise unterschiedlich zum Offline-Geschäft. So ergibt das Nebeneinander des Angebots von Internet-Infrastrukturen und Angebot bzw. Nachfrage nach über diese Infrastruktur gehandelten Produkten in der Hand des gleichen Unternehmens eine besondere Druckposition gegenüber Nachfragern nach der Infrastruktur. Diese Unterschiede rechtfertigen jedoch kein Abweichen von den bewährten juristischen Marktabgrenzungsmethoden. Denn die rechtliche Betrachtung der Produktmärkte verändert sich nicht. Die verschiedenen Produktmärkte, auf denen sich ein Unternehmen bewegt, können mit den bestehenden Methoden einzeln, aber auch mit dem gegenseitigen Einfluss aufeinander betrachtet werden.

In zwei Bereichen der Internetökonomie hat die Entscheidungspraxis der europäischen und deutschen Wettbewerbsbehörden bereits weitgehend Klarheit für Marktabgrenzungen gebracht. Es handelt sich zum einen um Märkte für Internet-Plattformen und zum anderen um die Märkte für Internetzugang (*Access*)[133]. Diese Bereiche lassen sich allerdings – auch aus kartellrechtlicher Sicht – nicht vereinheitlichen.

---

[129] Kommission vom 11.10.2000 – Comp/M.1845 – AOL/Time Warner, Rn. 46 ff.

[130] *Monti* in: Graham/Smith, S. 25 ff.

[131] Am. Online, Inc. v. GreatDeals.Net, 49 F. Supp. 2d 851, 862 (E.D. Va. 1999).

[132] So im Ergebnis auch *Trafkowski*, S. 31/32.

[133] Zuletzt Kommission vom 16.7.2003 – COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW 2005, 99, 99-101.

#### 3.2.1.1 Märkte für B2B-Marktplätze

Mehrfach beschäftigte sich die Kommission mit der Marktabgrenzung für Internet-Portale. Im Einzelnen ging es

- im *emaro*-Verfahren um einen elektronischen Marktplatz für Büroausstattung,[134]
- im *Vizzavi*-Verfahren um ein horizontales Internet-Portal für webbasierte interaktive Dienste.[135]
- in der *PrimusPower*-Entscheidung um ein Powershopping-Konzept,[136]
- bei *MyAircraft.com* um eine B2B-Plattform für Luftfahrtzubehör und –dienste,[137]
- bei *Governet* um einen elektronischen Marktplatz für IT-Dienstleistungen für Behörden,[138]
- in der *Chemplorer*-Entscheidung um einen B2B-Marktplatz für die chemische Industrie,[139]
- in *ec4ec* um einen Marktplatz für Anlagen- und Maschinenbau,[140]
- bei der *Supralift*-Entscheidung um einen europäischen Marktplatz für Flurfördergeräte (Gabelstapler und Lagertechnikgeräte),[141]
- bei der *Date*-Entscheidung um eine Plattform für elektronische Beschaffung „nicht-strategischer" Produkte, vor allem für Büro- und Geschäftsbedarf,[142]
- im *GF-X*-Verfahren um eine B2B-Handelsplattform für Luftfrachtkapazität,[143]
- in der *Steel 24-7*-Entscheidung um die Anteilsübernahme bei einer B2B-Plattform für die Stahlindustrie.[144]

---

[134] Kommission vom 13.07.2000 – COMP/M.2027 – Deutsche Bank/SAP.

[135] Kommission vom 20.07.2000 – COMP/JV.48 – Vodafone/Vivendi/Canal Plus.

[136] Kommission vom 20.06.2000 – COMP/M.1916 – RTL NewMedia/Primus-Online.

[137] Kommission vom 04.08.2000 – COMP/M.1969 – UTC/Honeyweel/i2/MyAircraft.com.

[138] Kommission vom 02.10.2000 – COMP/M.2138 – SAP/Siemens.

[139] Kommission vom 06.10.2000 – COMP/M.2096 – Bayer/Deutsche Telekom/Infraservom

[140] Kommission vom 07.11.2000 – COMP/M.2172 – Babcock Borsig/MG Technologies/SAP Markets/ec4ec.

[141] Kommission vom 25.04.2001 – COMP/M.2398 – Linde/Jungheinrich.

[142] Kommission vom 02.05.2001 – COMP/M.2374 – Telenor/Ergogroup/DNB/Accenture.

[143] Kommission vom 25.10.2002 – COMP/M.2830 – Lufthansa Cargo/Air France Finance/British Airways/Global Freight Exchange.

[144] Kommission vom 16.02.2004 – COMP/M.3334 – Arcelor/ThyssenKrupp/Steel 24-7.

Auf nationaler Ebene hat das Bundeskartellamt (BKartA) ebenfalls mehrfach zu Internet-Plattformen Stellung genommen und dabei die Frage der Marktabgrenzung behandelt. Dabei handelte es sich um folgende Produkte:

- im *RubberNetwork*-Verfahren um einen B2B-Marktplatz für Reifen- und Gummihersteller,[145]
- beim *MB*-Portal um eine B2C-Plattform der Marke Mercedes-Benz,[146]
- bei *Berlin.Online.de* um ein regionales Service- und Redaktionsportal,[147]
- bei *CC-markets* um einen B2B-Marktplatz für den Handel mit MRO-Gütern (maintenance, repair, operations),[148]
- in der *Covisint*-Entscheidung um eine Plattform für die gesamte Automobilindustrie.[149] Außerdem beschäftigte sich das BKartA mit dem Gründungsverfahren für die Plattform Steel 24-7.[150]

Die sachliche Marktabgrenzung konnte in den genannten Entscheidungen schon angesichts der Vielfalt der betroffenen Produkte nicht einheitlich vorgenommen werden. Bedeutsam ist, dass alle Entscheidungen differenzieren zwischen dem Markt für die über die Plattform gehandelten Güter und dem Markt für Internet-Plattformen, teilweise genauer für B2B-Plattformen. Ohne tiefer ins Detail zu gehen und unter Verwendung der Argumentation der anmeldenden Parteien, wurde eine Austauschbarkeit des Online-Angebots der gehandelten Güter mit deren Offline-Angebot bejaht sowie eine Austauschbarkeit von verschiedenen Internet-Plattformen untereinander.[151] Zurückhaltend ist noch die *MyAircraft*-Entscheidung, in der die sachliche Marktabgrenzung von der Kommission offen gelassen wurde.[152] Vor dieser Abgrenzung gab die Kommission aber kritiklos die Argumentation des betroffenen

---

[145] BKartA, B. vom 26.01.2001, B3-25130-U-110/00 – Goodyear/Michelin.

[146] BKartA, B. vom 26.03.2001, B5-14/01 – DaimlerChrysler/DCX.Net/T-Online.

[147] BKartA, B. vom 27.02.2002, B6-136/01 – Gruner+Jahr/Bankgesellschaft Berlin u.a.

[148] BKartA, B. vom 23.10.2000, B3-72303-U-76/00 – BASF/Degussa-Hüls/Henkel/SAP.

[149] BKartA, B. vom 25.09.2000, B5-34100-U-40/00 – DaimlerChrysler/Ford/General Motors.

[150] BKartA, B. vom 29.06.2001, B5-51522-U-24/01 – Arbed/Corus/ThyssenKrupp/Usinor.

[151] Z. B. Kommission vom 07.11.2000 – COMP/M.2172 – Babcock Borsig/MG Technologies/SAP Markets/ec4ec, Rn. 11; Kommission vom 25.04.2001 – COMP/M.2398 – Linde/Jungheinrich, Rn. 10, 14; Kommission vom 25.10.2002 – COMP/M.2830 – Lufthansa Cargo/Air France Finance/British Airways/Global Freight Exchange, Rn. 10.

[152] Kommission vom 04.08.2000 – COMP/M.1969 – UTC/Honeyweel/i2/MyAircraft.com, Rn. 13.

Unternehmens wieder, dass relevanter Markt nur derjenige für Luftfahrtzubehör und -dienste sei und dass der elektronische Geschäftsverkehr als ein Vertriebsweg für solche Güter angesehen werden soll. Von einem eigenständigen Markt für Internet-Plattformen spricht die Entscheidung in diesem Zusammenhang nicht. Ähnlich war es in der *Chemplorer*-Entscheidung, in der die Kommission einen „Markt für den Betrieb von elektronischen Marktplätzen für das Zusammenführen von Angebot und Nachfrage von MRO-Produkten, Verpackungen und einschlägigen Dienstleistungen" annahm. Diese Beschreibung kann als Zusammenführung der beiden Markt-Elemente „elektronischer Marktplatz" und „gehandelte Produkte" angesehen werden. Mit dieser Spezialisierung dürfte dieser Marktabgrenzungsansatz zu einer Atomisierung elektronischer Märkte führen und gleichzeitig zu einer automatischen Marktbeherrschung auf einem so eng definierten Markt.[153] In *Governet* hatte die Kommission elektronische Marktplätze noch als Unterfall der IT-Dienstleistungen angesehen und so einen „Markt für IT-Dienstleistungen für e-commerce Plattformen" ausgemacht.[154] Da in diesem Fall keine Güter über die Plattform gehandelt werden sollten, sondern es nur um die Bereitstellung einer Infrastruktur ging, wurde kein zusätzlicher zweiter Markt abgegrenzt. Eine Abgrenzung eines engeren Produktmarktes IT-Dienstleistungen im A2B-Bereich ließ die Kommission offen.[155]

Das BKartA hat hingegen schon frühzeitig auf das Nebeneinander der Märkte für – teilweise weiter unterteilt in allgemeine und branchenspezifische – Internetmarktplätze und für die über den Marktplatz gehandelten Produkte abgestellt.[156] In der *BerlinOnline.de*-Entscheidung hat es einschränkender über die Abgrenzung eines Marktes für Regionalportale nachgedacht.[157] Regelmäßig lässt das BKartA aber klare Aussagen zur Marktabgrenzung fehlen, da „die

---

[153] Kommission vom 06.10.2000 – COMP/M.2096 – Bayer/Deutsche Telekom/Infraserv, Rn. 14.

[154] Kommission vom 02.10.2000 – COMP/M.2138 – SAP/Siemens, Rn. 11.

[155] Kommission vom 02.10.2000 – COMP/M.2138 – SAP/Siemens, Rn. 13.

[156] BKartA, B. vom 26.01.2001, B3-25130-U-110/00 – Goodyear/Michelin, Rn. 25; BKartA, B. vom 23.10.2000, B3-72303-U-76/00 – BASF/Degussa-Hüls/Henkel/SAP, Rn. 24; BKartA, B. vom 25.09.2000, B5-34100-U-40/00 – DaimlerChrysler/Ford/General Motors, S. 11-14; BKartA, B. vom 29.06.2001, B5-51522-U-24/01 – Arbed/Corus/ThyssenKrupp/Usinor, S. 13-17.

[157] BKartA, B. vom 27.02.2002, B6-136/01 – Gruner+Jahr/Bankgesellschaft Berlin u.a., Rn. 13, 14.

Dynamik in dieser frühen Phase der Entwicklung der Internetmärkte (…) noch keine festen Konturen der sich künftig herauskristallisierenden sachlichen Märkte erkennen“ lässt.[158]
In Sachen Marktabgrenzung gelangen, nach anfänglichen Unsicherheiten, nunmehr die europäischen, wie auch die amerikanischen Kartellbehörden und -gerichte zur Trennung des Marktes für B2B-Plattformen und des Marktes für die über die Plattform gehandelten Produkte.[159]

#### 3.2.1.2 Internetzugangsmärkte

Der sachliche Markt für den Internetzugang wird in der Entscheidungspraxis der Kommission nach Zugangsart und Übertragungsraten differenziert.[160] Ob dieser Ansatz angesichts der fortschreitenden technologischen Entwicklung beim Internetzugang noch haltbar ist, wurde bisher in der Entscheidungspraxis nicht problematisiert worden. Durch die weite Verbreitung von hoch-bitratigen DSL-Zugängen auch im Bereich privater Internetnutzung erscheint die Differenzierung inzwischen überholt.

### 3.2.2 Räumliche Marktabgrenzung

Neben den Herausforderungen für die sachliche Marktabgrenzung macht die A-Territorialität des Internets die unveränderte Anwendung der Methoden räumlicher Marktabgrenzung fraglich. Zwar ist – anders als in der Anfangsphase der kommerziellen Nutzung des Internets postuliert – inzwischen geklärt, dass das Internet gesellschaftliches und wirtschaftliches Leben nicht vollständig von einem territorialen Bezug löst.[161] Es geht also nur um eine „relative A-Territorialisierung“. Das Internet kann Anbieter und Nachfrager aus geographisch bedingten Hemmnissen des Produktabsatzes wie notwendigen Transport- und Logistiksystemen, räumlich beschränkte Absatzgebiete von Werbemittlern wie Fernsehen oder Zeitungen oder von rechtlicher und steuerlicher Regulierung lösen. Anbieter und Nachfrager bleiben zwar trotz Internet den bestimmten physischen Ort verbunden, von dem aus sie ins Internet gehen können. Der Raum aber, in dem sie die jeweilige Marktgegenseite

---

[158] BKartA, B. vom 25.09.2000, B5-34100-U-40/00 – DaimlerChrysler/Ford/General Motors, S. 15; BKartA, B. vom 29.06.2001, B5-51522-U-24/01 – Arbed/Corus/ThyssenKrupp/Usinor, S. 19.

[159] *Lochen*, S. 59; *Bloch/Perlman*, S. 11; *Dajani*, 57 J. Mo. B. 186, 188 (2001).

[160] Kommission vom 13.10.1999 – IV/M.1439 – Telia/Telenor; Kommission vom 27.03.2000 – COMP/M.1838 – BT/Esat; Kommission vom 20.7.2000 – COMP/JV.48 – Vodafone/Vivendi/Canal Plus, Rn. 34, 37; Kommission vom 16.7.2003 – COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW 2005, 99, 99-101.

[161] *Rötzer*, S. 90.

finden, vergrößert sich und ist im extremen Fall global.[162] Diese Auflösung regionaler und nationalstaatlicher Begrenzungen von Kommunikation und Güteraustausch macht es erforderlich, die Kriterien für eine Abgrenzung geographischer Märkte im internetbasierten Geschäft zu bestimmen. Die Kommission hat den räumlich relevanten Markt im Bereich der elektronischen Kommunikation bisher anhand von zwei wesentlichen Kriterien bestimmt: dem von einem Netz erfassten Gebiet und den dort bestehenden Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten.[163] Diese Kriterien spiegeln sich in der Entscheidungspraxis zu den räumlichen Märkten von B2B-Plattformen und den Internetzugangsmärkten wider.

#### 3.2.2.1 Märkte für B2B-Marktplätze

Mehrfach hatten Kommission und BKartA sich mit der räumlichen Marktabgrenzung von B2B-Plattformen zu befassen. Wesentlich uneinheitlicher als die Ausführungen zur sachlichen Marktabgrenzung fallen die Überlegungen der Wettbewerbsbehörden zur geographischen Marktabgrenzung aus. Bei einigen Entscheidungen – so z.B. in der *Covisint*-Sache[164] – wird die Frage des räumlichen Markts überhaupt nicht behandelt. In *MyAircraft* nahm die Kommission einen weltweiten Markt für die gehandelten Güter aufgrund der Charakteristika des E-Commerce an.[165] Offener grenzte die Kommission in *Governet* einen europaweiten Markt für IT-Dienstleistungen für e-commerce und die elektronische öffentliche Verwaltung ab und spekulierte weitergehend über eine regionale Marktabgrenzung angesichts regionaler Behörden und Behördensprachen.[166]

Aufgrund der deutschsprachigen Ausrichtung von *Chemplorer* ging die Kommission für den geographischen Markt vom deutschsprachigen Gebiet der EWR aus, verwies aber schon auf die geplante Ausweitung auf anderssprachige Dienste.[167] Bei *ec4ec* stellte die Kommission auf weltweite Märkte für IT-Dienstleistungen im e-commerce und im Anlagen- und

---

[162] *Lange*, BB 2002, 561; *Wirtz/Mathieu*, WISU 2001, 825, 826.

[163] Kommission, Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, ABl. 2002 Nr. C 165/03, Rn. 59.

[164] BKartA, B. vom 25.09.2000, B5-34100-U-40/00 – DaimlerChrysler/Ford/General Motors.

[165] Kommission vom 04.08.2000 – COMP/M.1969 – UTC/Honeyweel/i2/MyAircraft.com, Rn. 14.

[166] Kommission vom 06.10.2000 – COMP/M.2096 – Bayer/Deutsche Telekom/Infraserv, Rn. 14.

[167] Kommission vom 02.10.2000 – COMP/M.2138 – SAP/Siemens, Rn. 16.

Maschinenbau ab,[168] bei *GF-X* auf den weltweiten Markt für Luftfrachtvertrieb.[169] Für die Plattform *Steel 24-7* vermutete sie angesichts der Reichweite des Internets einen zumindest EWR-weiten Markt, jedenfalls aber soweit wie die geographische Ausbreitung des Angebots.[170] Bei *Goodyear/Michelin* und *CC-Markets* sollte vieles für einen europäischen oder weltweiten Markt sprechen, zumindest aber das Inland betroffen sein.[171]

Bemerkenswert, allerdings bisher noch ohne thematischen Nachfolgern war die Entscheidung des BKartA zur räumlichen Marktbestimmung in dem *BerlinOnline.de*-Verfahren. Da die Nutzung dieses Portals nahezu ausschließlich in Berlin stattfinde, handele es sich um einen regionalen Markt.[172] Dass auch für auswärtige Benutzer die Möglichkeit der Nutzung bestünde, sollte nach Einschätzung der Behörde wegen der tatsächlich nur begrenzten Nutzung der Angebote in Berlin kein besondere Rolle spielen. Eine „signifikant über Berlin hinausgehende oder gar bundesweite Geschäftstätigkeit des Unternehmens“ sei eindeutig zu verneinen. Das gelte auch für überregionale Werbekunden.

#### 3.2.2.2 Internetzugangsmärkte

Beim Internetzugang wurde der räumliche Markt durch die Kommission entsprechend der nationalen Ausrichtung der Internetzugang anbietenden Telekommunikationsunternehmen im Wesentlichen national abgegrenzt.[173] Diese räumliche Marktabgrenzung beim Internetzugang ist kaum verallgemeinerungsfähig für den Produktvertrieb über das Internet. Beim Internetzugang ist zunächst für die herkömmliche stationäre Variante zwingend eine physische Präsenz des Zugangspunktes erforderlich. Hierdurch fehlt dem Geschäft für Internet-Zugang bereits im Ansatz der virtuelle Charakter; er ist eher mit Telekommunikations- und sonstigen Netzzugangsmärkten vergleichbar als mit den

---

[168] Kommission vom 07.11.2000 – COMP/M.2172 – Babcock Borsig/MG Technologies/SAP Markets/ec4ec, Rn. 12.

[169] Kommission vom 25.10.2002 – COMP/M.2830 – Lufthansa Cargo/Air France Finance/British Airways/Global Freight Exchange, Rn. 12.

[170] Kommission vom 16.02.2004 – COMP/M.3334 – Arcelor/ThyssenKrupp/Steel 24-7, Rn. 15, 16.

[171] BKartA, B. vom 26.01.2001, B3-25130-U-110/00 – Goodyear/Michelin, Rn. 12; BKartA, B. vom 23.10.2000, B3-72303-U-76/00 – BASF/Degussa-Hüls/Henkel/SAP, Rn. 37.

[172] BKartA, B. vom 27.02.2002, B6-136/01 – Gruner+Jahr/Bankgesellschaft Berlin u.a., Rn. 16. 17.

[173] Kommission vom 13.10.1999 – IV/M.1439 – Telia/Telenor; Kommission vom 27.03.2000 – COMP/M.1838 – BT/Esat; Kommission vom 20.7.2000 – COMP/JV.48 – Vodafone/Vivendi/Canal Plus, Rn. 34, 37; Kommission vom 16.7.2003 – COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW 2005, 99, 99-101.

Geschäften, die über das Internet abgeschlossen werden. Aber selbst bei der im Vordringen befindlichen Variante des drahtlosen Internet-Zugangs (vor allem über WLAN) benötigt der Nutzer eine Verbindung zu terrestrisch verlegten Netzen. Damit ist er immer auf ein physisch vorhandenes Netz angewiesen und auf die Dienste des Netzbetreibers. Aus diesem Grund ist es angebracht, den Markt räumlich auf die weitgehend noch immer nur im Rahmen nationaler Grenzen tätigen Netzbetreiber abzugrenzen. Eine sachliche Abgrenzung der Märkte anhand der Übertragungsraten ist zumindest dann vertretbar, wenn und solange diese Unterschiede unterschiedliche technische Vorteile bieten und unterschiedliche Kundenkreise ansprechen. Dies ist in der derzeitigen Situation jedenfalls zu bejahen, wird aber einer fortlaufenden Kontrolle unterliegen müssen.

#### 3.2.2.3 Sonstige Märkte

Im Übrigen ist für die geographische Marktabgrenzung im Internet folgendes zu berücksichtigen: eine Differenzierung besteht zwischen Anbietern, die tatsächlich über das Internet unmittelbar ihre Produkte anbieten, und denjenigen, die über das Internet nur Produktinformationen bereitstellen, deren Produkte aber nicht online erworben werden können. In der Frage des räumlichen Produktabsatzes stehen diese Anbieter nur in der Offline-Welt im Wettbewerb. Im Internet stellen die Produkte des nur Informationen bereitstellenden Anbieters aus Nachfragersicht mangels Verfügbarkeit kein Substitut für die Produkte des anderen Anbieters dar.

Eine weitere Unterscheidung für die Methodik der räumlichen Marktabgrenzung kann zwischen direkt im Internet verfügbaren Produkten („Online-Produkte“) und solchen zwar im Internet erwerbbaren, aber nicht direkt lieferbaren Produkten („hybride Produkte“) gemacht werden. Die hybriden Produkte sind solche, die aufgrund ihrer physischen Existenz eine Lieferung – bei Waren – oder Erbringung – bei Dienstleistungen – in der physischen Welt bedürfen. Online-Produkte sind hingegen digitale oder digitalisierbare Waren (vor allem Software, Musik, Filme), deren Existenz internetgebunden ist.. Die Unterscheidung zwischen Online- und hybriden Produkten ergibt sich aus der Tatsache, dass Online-Produkte technisch und auf niedriger Kostenbasis tatsächlich über Grenzen und globale Distanzen hinweg online geliefert werden können, während der Absatz hybrider Produkte angesichts der Notwendigkeit physischen Transports durch die oben genannten geographischen Hemmnisse gehindert werden kann. Ein weiterer Unterschied sind die besonders niedrigen variablen Kosten bei der Herstellung von Online-Produkten, die im Gegensatz zur Produktion hybrider

Produkte den Markteintritt, aber auch den Marktaustritt erleichtert.[174] Allerdings ist nicht zu verkennen, dass es zu den folgenden Überlegungen zur räumlichen Marktabgrenzung nur wenige Entscheidungen der europäischen und US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden und -gerichte gibt.

#### 3.2.2.4 Räumliche Märkte für Online-Produkte

Bei Online-Produkten besteht potentiell die Möglichkeit eines weltweiten Vertriebs, da angesichts des *free flow of data* keine geographischen, logistischen, rechtlichen oder steuerlichen Gesichtspunkte zu einer Beschränkung der räumlichen Absatzmärkte führen. Transportkosten spielen für den Vertrieb von Online-Produkten keine Rolle. So hat der District Court von Virginia argumentiert, dass der räumlich relevante Markt bei Online-Produkten aufgrund der Grenzenlosigkeit des Internets nicht auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt werden könnte.[175] Die Kommission hat in ihren Entscheidungen ebenfalls in Richtung eines weltweiten Marktes tendiert, hat diese Frage jedoch offen gelassen.[176]

Die Verfügbarkeit eines Online-Produkts kann jedoch dadurch beeinträchtigt werden, dass nationales Recht das Wahrnehmen von bestimmten Internetangeboten, vor allem das Abrufen bestimmter Sites im World Wide Web, verbietet.[177] Führt ein staatliches Verbot trotz Umgehungsmöglichkeiten tatsächlich dazu, dass ein bestimmtes Online-Produkt in einem Gebiet keine Abnehmer finden kann, so ist der relevante Markt das betroffene Gebiet zu verkleinern.

Sprachbarrieren[178] bestehen für mehrere Arten von Online-Produkten überhaupt nicht (z.B. internationale Pop-Musik zum Download) bzw. sind irrelevant (z.B. bei Weltsprachen wie Englisch oder Spanisch). Sprachbarrieren als Ansatzpunkt für die Abgrenzung besonderer

---

[174] *Picot/Neuburger* in: Hoeren/Sieber, Kap. 2, Rn. 53 f.; *Zerdick*, S. 165 f.

[175] Am. Online, Inc. v. GreatDeals.Net, 49 F. Supp. 2d 851, 862 (E.D. Va. 1999).

[176] Kommission vom 11.10.2000 – Comp/M.1845 – AOL/Time Warner, Rn. 27; Kommission vom 20.7.2000 – COMP/JVOM48 – Vodafone/Vivendi/Canal Plus, Rn. 33.

[177] *Ott*, S. 219. Insgesamt gibt es solche Beschränkungen in mehr als 20 Staaten, unter anderem in China, Singapur und den Vereinigten Arabischen Emiraten. In Kuba wird der Zugang zum Internet nur Universitäten und ausgewählten Institutionen gestattet, in Afghanistan war während der Herrschaft der Taliban die Nutzung des Internets vom Juli 2001 bis Ende 2001 sogar gänzlich verboten.

[178] *Nelson*, Sprachenkluft bedroht Zugang zu Information, abrufbar unter http://www2.swissinfo.org/sde/swissinfo.html?siteSect=2105&sid=4460821&cKey=1070267869000.

räumlicher Märkte für Online-Produkte und Websites lassen sich daher nur für räumlich zentrierte Sprachen wie Chinesisch, Russisch oder Deutsch rechtfertigen.

Sinn kann die Abtrennung lokaler, regionaler oder nationaler Märkte für Online-Produkte dort ergeben, wo aufgrund rechtlicher Vorgaben ein Absatz der Online-Produkte nur in einem bestimmten geographischen Liefergebiet erfolgen darf oder in bestimmte Gebiet nicht erfolgen darf.

Die Ausrichtung von Online-Angeboten auf bestimmte geographische Kundenvorlieben und -gebräuche (*customizing*) ändert dagegen nichts an dem Ansatz der grundsätzlich globalen Märkte für Online-Produkte.

#### 3.2.2.5 Marktabgrenzungskriterien für hybride Transaktionen

Der Handel im Rahmen von hybriden Transaktionen weist zumindest durch die Notwendigkeit materialer Offline-Lieferung stets einen territorialen Bezug auf. Durch den stationären Charakter der Leistungsbeziehung liegt die Anwendung klassischer Kriterien zur Bestimmung räumlicher Märkte nahe.

Die potentiell weltweite Nachfrageransprache in der Internetökonomie führt nicht zu globalen Märkten für hybride Produkte. Vielmehr spielen für den Nachfrager mehrere territorialisierende Gesichtspunkte eine Rolle bei der Erwerbsentscheidung hybrider Produkte im Internet. Zum einen handelt es sich um unmittelbar mit dem Produkt bzw. seinem Preis verbundene Faktoren, zum anderen um mittelbar die Anbieterauswahl räumlich eingrenzende Faktoren.

Bei Konsumgütern kommt es häufig auf eine räumliche Nähe zwischen Anbieter und Nachfrager wegen schneller Lieferzeiten und niedriger Lieferkosten auch bei Internetgeschäften an. Niedrigere Kosten der Waren im Ausland können den Nachfrager nicht dazu verleiten, dort über das Internet einzukaufen. Die Ware wird während der längeren Lieferzeit entweder schlecht oder die zusätzlichen Lieferkosten machen das eigentlich niedrigere Angebot wirtschaftlich unattraktiv. Diese Gesichtspunkte legen es nahe, enger begrenzte Märkte auch bei Internet-Geschäften abzugrenzen. Im Regelfall werden diese Märkte nicht über Staatengrenzen hinausgehen, teilweise sogar lokal oder regional begrenzt bleiben.

### 3.3 Fazit: Herausforderungen an die Marktabgrenzung durch die Hybridität

Sind soweit die Probleme der Marktabgrenzung im Sinne der klassischen Trennung zwischen sachlichem und räumlichem Markt für die internetbasierten Geschäfte aufgezeigt, tritt durch die mit dem Internet erreichte Hybridität der Geschäftsvorgänge[179] die zusätzliche Unterscheidungsdimension Online und Offline auf.

Das im Internet global auftretende Unternehmen kann sich im globalen Wettbewerb zu allen anderen im Internet tätigen Unternehmen der gleichen Branche befinden. Es steht kann aber auch im lokalen oder regionalen Wettbewerb mit den Offline-Anbietern der entsprechenden Produkte stehen. Für die bestehenden Offline-Anbieter hat sich der potentielle Kreis der Konkurrenten damit um die Online-Dimension erweitert, ohne dass die neu hinzutretenden Wettbewerber die wettbewerbserschwerenden (vor allem finanziellen) Nachteile aus der Vor-Ort-Präsenz zu tragen hätten.

Die Digitalisierung hat auch die „Verdoppelung der Produkte“ ermöglicht, bei der neben die herkömmlichen physischen Produkte („hybride Produkte“) trägerlose Online-Produkte getreten sind. Die Anbieter von Online-Produkten treten damit in Konkurrenz zu den Anbietern von hybriden Produkten, soweit sie nicht selbst beide Varianten des Produkts anbieten.

Bedeutung kommt dieser Erweiterung der Produktmärkte im Bereich der Dienstleistungen und Infrastrukturen zu. Zwar lassen sich viele hybride Dienstleistungen wegen des Erfordernisses der Vor-Ort-Erbringung nicht digitalisieren und damit nicht in Online-Dienstleistungen übersetzen. Soweit Dienstleistungen und Infrastrukturen sich durch Digitalisierung verdoppeln lassen, entstehen noch ungelöste Wettbewerbssituationen.

## 4 Marktzutritt

Aspekte des Marktzutritts spielen in der Internetökonomie eine bedeutende Rolle. Der technische Fortschritt vereinfacht es Unternehmen zwar, in einen Markt einzutreten; gleichzeitig wird es Unternehmen jedoch auch erleichtert, anderen Wettbewerbern diesen Zutritt zu erschweren oder sogar zu verweigern.

---

[179] S. dazu ausführlich *Aufderheide* und *vom Brocke*.

## 4.1 Essential Facilities

Trotz des noch recht jungen Bestehens der Online- und hybriden Märkte haben sich bereits einige Unternehmen mit marktstarken Stellungen etabliert. Unter wettbewerbspolitischem Blickwinkel können solche Marktpositionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichem Einschreiten geben, wenn das marktstarke Unternehmen über eine einzigartige Einrichtung, Technologie oder Rechtsstellung verfügt, die für den Wettbewerb auf einem dieser Einrichtung nachgelagerten Markt unverzichtbar ist.[180] Die Problematik des Zugangs von Wettbewerbern zu einer wesentlichen Einrichtung wird gemeinhin unter dem Stichwort „*essential facility*-Doktrin" diskutiert. Die Prüfung auf Zugangsansprüche gemäß der *essential facility*-Doktrin setzt neben der wettbewerbsrechtlichen Betrachtung auch die ökonomische Untersuchung des jeweiligen Sachverhaltes voraus.

Ob die Beherrschung einer wesentlichen Einrichtung und einer damit einhergehenden Monopolstellung in der vernetzten Welt missbräuchlich ist, bewertet die Kommission unter anderem aufgrund der Netz- und Skaleneffekte immer stärker anhand ökonomischer Gesichtspunkte. Inzwischen hat die Kommission diesen, unter dem Begriff *more economic approach* diskutierten Ansatz in einem Diskussionspapier näher dargelegt.[181] Hierdurch stellt die Kommission einen mehr von ökonomisch geprägten Effizienzüberlegungen und auf Verbraucherinteressen ausgerichteten Ansatz in den Mittelpunkt. Es soll erreicht werden, dass durch die Ermöglichung eines effizienten Wettbewerbs auch unter Einbeziehung marktbeherrschender Unternehmen der Schutz von Verbrauchern und nicht von möglicherweise ineffizienten Wettbewerbern im Vordergrund steht. Als Behinderungsmissbrauch qualifiziert die Kommission in der Einleitung zum Diskussionspapier Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, die voraussichtlich zu einer Marktabschottung, d.h. eine sich wirtschaftlich lohnende Expansion oder den Markteintritt von aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern verhindern und damit zu einem Schaden für die Verbraucher führen.[182] Die entscheidenden Kriterien bei der Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen sollen danach das wahrscheinliche Bewirken von Marktverschließungseffekten und eine negative Veränderung

---

[180] S. zum Sonderfall der IP-Rechte unten S. 67.

[181] Diskussionspapier der Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Dezember 2005, abrufbar unter http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/ discpaper2005.pdf.

[182] Diskussionspapier der Kommission (S. o. Fn. 181), Rn. 1.

der Marktstruktur sein. Von einer Marktverschließung geht die Kommission dann aus, wenn anderen Wettbewerbern ein wirtschaftlich sinnvoller Zutritt zu dem betroffenen Markt oder eine Expansion innerhalb des Marktes ganz oder teilweise verwehrt wird bzw. diese sich zum Marktaustritt veranlasst sehen.[183]

Durch den *more economic approach*-Ansatz gestaltet sich die Wettbewerbspolitik nunmehr vom strukturorientierten Ansatz eines Schutzes des Wettbewerbs zunehmend zu einer expliziten Förderung der gesellschaftlichen Wohlfahrt. Zumindest im Bereich der Internetökonomie bringt dieser Ansatz für die Beurteilung von marktbeherrschenden Unternehmen in der vernetzten Welt Vorteile. Insbesondere den Auswirkungen der Netz- und Skaleneffekte wird durch eine zunehmend ökonomische Betrachtungsweise Rechnung getragen.

Die *essential facility*-Doktrin kann in der Internetökonomie ein weites Anwendungsfeld finden. Das Marktgeschehen auf Hochtechnologiemärkten tendiert zu einer beschleunigten Entwicklung, und zwar sowohl die erzielbaren Einnahmen als auch die möglichen Wettbewerbsverstöße betreffend. Sowohl im US-amerikanischen als auch im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht existieren Regeln, welche die Entstehung bzw. den Missbrauch von vorherrschender Marktmacht kritisch beurteilen. Eine solche kritische Marktmacht kann auf Internetmärkten in der Regel schneller erreicht werden als auf herkömmlichen Märkten. Viele Internetmärkte neigen zur Konzentration.[184] Dies ist einigen Besonderheiten der Internetökonomie auf Angebots- und Nachfrageseite geschuldet: auf der Angebotsseite vor allem Skaleneffekten und (sc. angebotsseitigen) Netzeffekten auf Nachfrageseite vor allem (sc. nachfrageseitigen) Netzeffekten sowie Lock-in-Effekten.[185]

Häufig gründet sich die Marktmacht der größten Anbieter in den jeweiligen Märkten auf bestimmte Einrichtungen, die zur Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeit faktisch notwendige Voraussetzung geworden ist. Für solche Fälle wird in der Wirtschaftswissenschaft zunehmend die Anwendung der *essential facility*-Doktrin nach US-amerikanischem, europäischem oder deutschem Recht propagiert.

Sofern mit den Investitionen in wesentliche Einrichtungen in erheblichem Maße allerdings Innovationen verbunden sind, ist im dynamischen Wettbewerb auf herkömmlichen, analogen

---

[183] Diskussionspapier der Kommission (S. o. Fn. 181), Rn. 58.

[184] Vgl. dazu ausführlich *Zimmerlich*, Marktmacht auf dynamischen Märkten, S. 77 ff.

[185] S. ausführlich dazu oben S. 4 ff.

Märkten die – von nachstoßendem Wettbewerb bedrohte – Monopolstellung des Innovators ein erwünschtes Anreizinstrument (Schumpeter). Nimmt man dem innovierenden Unternehmen nach Schaffen der fraglichen Einrichtung die Möglichkeit zur Erzielung von Überrenditen, die zugleich das damit der Innovation verbundene unternehmerische Risiko honorieren, so kann eine dynamische Marktentwicklung beeinträchtigt werden.

### 4.1.1 Die essential facility-Doktrin im US-amerikanischen Recht

Obgleich die Entwicklungsgeschichte und Konturierung der *essential facility*-Doktrin im Einzelnen umstritten ist, finden sich ihre frühesten Spuren im US-amerikanischen Antitrust Law.[186] Die rechtliche Ausgestaltung von Zugangsansprüchen gründet in der US-amerikanischen Rechtsprechung auf Sect. 2 Sherman Act. Das Monopolisierungsverbot aus Sec. 2 Sherman Act wird als Einfallstor für Zugangsansprüche von Wettbewerbern herangezogen, um die Kontrolle von *bottleneck*-Bereichen durch Monopolisten zu regulieren. Auf Grundlage dieser Vorschrift könnten also Marktteilnehmer den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen verlangen.

Die Grundlage für die *essential facility*-Doktrin als Zusammenfassung mehrerer Urteile des U.S. Supreme Court zu kartellrechtlichen Zugangsansprüchen[187] findet sich in der instanzgerichtlichen Entscheidung *Hecht v. Pro-Football*. Der Federal Court of Appeals für den District of Columbia stellt in seinem Urteil fest:

*"The essential facility doctrine, also called the 'bottleneck principle,' states that 'where facilities cannot practicably be duplicated by would-be competitors, those in possession of them must allow them to be shared on fair terms. It is illegal restraint of trade to foreclose the scarce facility.'"*[188]

Das Gericht beruft sich für die Konstruktion der Doktrin einerseits auf die Supreme Court-Entscheidungen *Terminal Railroad* und *Otter Tail*, andererseits auf den britischen Kartellrechtler. Neale, der die *essential facility*-Doktrin erstmals als allgemeine Doktrin formuliert hat.[189] In der Folge wurde im US-amerikanischen Kartellrecht für *bottleneck*-

---

[186] Beckmerhagen, S. 25; Scheuffele, S. 19.

[187] 224 U.S. 383 (1912) – Terminal Railroad; 326 U.S. 1 (1945) – Associated Press; 410 U.S. 366 (1973) – Otter Tail. Zur Entwicklung der *essential facility*-Doktrin im US-Recht s. *Aufderheide/Lindner/Zimmerlich* in: Grob/vom Brocke, S. 132 ff.

[188] Hecht v. Pro-Football, 570 F. 2d 982, 992 (D.C. Cir. 1977).

[189] *Neale*, S. 66-69, 127-131.

Situationen üblicherweise das nachfolgende viergliedrige Prüfungsschema angewendet, das auf die Entscheidung des Court of Appeals 7th Circuit in der Sache *MCI Communications Corp v AT&T* aus dem Jahre 1983 zurückgeht:[190]

- ein Monopolist muss die Kontrolle über eine wesentliche Einrichtung ausüben,
- die Duplizierung der wesentlichen Einrichtung durch den Wettbewerber ist faktisch unmöglich oder wirtschaftlich unvernünftig,
- der Monopolist gestattet den Zugang zu seiner Einrichtung entweder gar nicht oder nur zu unangemessenen Konditionen,
- und die Zugangsgewährung muss technisch möglich und dem Inhaber zumutbar sein.

In dem vom Gericht entschiedenen Fall begehrte der Telekommunikationsdienstleister MCI vom damaligen Monopolisten AT&T Zugang zu den Ortsnetzen verschiedener Städte, um dort Telekommunikationsdienstleistungen erbringen zu können. Die Entscheidung betraf somit eine für die *essential facility*-Doktrin typische und insbesondere für die Internetökonomie relevante Konstellation der Deregulierung – genauer: Neuregulierung – ehemals staatlicher bzw. staatlich geförderter Monopole. Die wettbewerbliche Beeinträchtigung erblickte das Gericht in der Möglichkeit, dass AT&T durch die Zugangsverweigerung Monopolmacht von einem Markt in den nächsten oder von einer Produktionsstufe in die nächste übertragen könnte.[191] Im Hinblick auf diesen Gedanken der Hebelwirkung (*leverage*) als wettbewerbstheoretische Begründung der *essential facility*-Doktrin muss die Monopolstellung auf dem Markt für die Zur-Verfügung-Stellung der Einrichtung bestehen.[192] Nach Auffassung des Federal Circuit handelt es sich dann um einen *bottleneck*-Bereich, wenn die Einrichtung unverzichtbar für das Auftreten potentieller Wettbewerber ist, da keine Alternativen existieren und es für den Zugangspetenten wirtschaftlich unmöglich ist, die Einrichtung zu duplizieren.[193]

Mangels ausdrücklicher Anerkennung der *essential facility*-Doktrin durch den U.S. Supreme Court als oberstes Gericht in den USA war die Doktrin in den folgenden Jahrzehnten immer

---

[190] MCI Communications Corp. v. AT&T, 708 F. 2d 1081 (7th Cir. 1983).

[191] MCI Communications Corp. v. AT&T, 708 F. 2d 1081, 1132 (7th Cir. 1983).

[192] Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei *Beckmerhagen*, S. 54 f.

[193] Hecht v. Pro-Football, 570 F. 2d 982 (D.C. Cir. 1977).

wieder Kritik aus der Literatur ausgesetzt.[194] Zum Teil wurde sogar ihr Bestehen bestritten bzw. vom Court of Appeal 7th Circuit die Existenzberechtigung der Doktrin angezweifelt.[195] In dem 2004 vom U.S. Supreme Court erlassenen Urteil *Verizon/Trinko*, das mittelbar telekommunikationsrechtliche Zugangsansprüche zum Gegenstand hatte, wies Richter Scalia darauf hin, dass der Supreme Court eine solche Doktrin nie anerkannt habe und es keinen Anlass für ihre Anerkennung gäbe.[196] Das Gericht sieht solche Zugangsansprüche nur bei spezialgesetzlicher Normierung wie den sektorspezifischen Vorschriften im Telekommunikationsbereich als gegeben an. Es bleibt daher festzuhalten, dass die *essential facility*-Doktrin zwar in der instanzgerichtlichen Praxis regen Zuspruch gefunden hat, dass jedoch von einem anerkannten Grundsatz im US-Wettbewerbsrecht der *essential facility*-Doktrin mangels höchstrichterlicher Anerkennung nicht gesprochen werden kann.

### 4.1.2 Die essential facility-Doktrin im europäischen Recht

Im europäischen Recht ist die *essential facility*-Doktrin inzwischen stärker verankert als im US-amerikanischen Kartellrecht,[197] wenn auch nicht allseits anerkannt. Sowohl ihr Ursprung als auch ihre konkreten Voraussetzungen im EG-Recht sind schwer zu umreißen. Dies ist einer unklaren und inkohärenten Entscheidungspraxis der Kommission, des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) und des EuGH in Bezug auf Fallgestaltungen mit wesentlichen Einrichtungen geschuldet. Rechtsgrundlage für die Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung ist im EG-Kartellrecht Art. 82 EG. Diese Vorschrift verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Marktstellung. Anders als das amerikanische Antitrust Law setzt sie also nicht schon beim bloßen Erwerb einer marktbeherrschenden Stellung, sondern fordert zusätzlich eine missbräuchliche Ausnutzung derselben.

---

[194] *Areeda*, 58 Antitrust L.J. 841 (1989) m. w. N.

[195] Blue Cross & Blue Shield v. Marshfield Clinic, 65 F. 3d 1406, 1412 f. (7th Cir. 1995).

[196] 540 U.S. 398 (2004).

[197] *Tränkle*, S. 38.

#### 4.1.2.1 Entscheidungspraxis von Kommission, EuG und EuGH

Auf Grundlage des Missbrauchsverbots aus Art. 82 EG verpflichteten Kommission, EuG und EuGH in einer Reihe von Entscheidungen[198] Inhaber von wesentlichen Einrichtungen zur Gewährung von Zugang. Für die Internetökonomie sind davon insbesondere die EuGH-Fälle *Magill* und *IMS Health* und das Kommissionsverfahren gegen *Microsoft* relevant.

##### 4.1.2.1.1 Magill

Im Fall *Magill*[199] weigerten sich die in Irland sitzenden Rundfunkanstalten RTE, ITP und BBC unter Verweis auf ihr Urheberrecht, dem Verlag Magill TV Guide Ltd. wöchentliche Vorschauen über ihre Fernsehprogramme zur Verfügung zu stellen. Hierdurch war es Magill nicht möglich, vollständige Fernsehprogrammzeitschriften herzustellen. Die Besonderheit des Falls liegt darin, dass ein geistiges Eigentumsrecht die wesentliche Einrichtung darstellt. Die Kommission entschied 1988, dass die Verweigerung von RTE, ITP und BBC einen Verstoß gegen Art. 86 S. 2 lit. b EG a. F. (Art. 82 S. 2 lit. b EG n. F.) bedeute, wonach ein Missbrauch zu sehen ist in der „Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher".[200] Das EuG bejahte den Machtmissbrauch letztlich mit folgender Begründung: *„Ein derartiges Verhalten - das darin besteht, dass die Klägerin mit dem alleinigen Ziel, ihr Monopol aufrechtzuerhalten, die Herstellung und den Vertrieb eines neuen Erzeugnisses, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht, auf dem abgeleiteten Markt der Fernsehprogrammführer verhindert und dadurch jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschließt - geht offensichtlich über das hinaus, was zur Verwirklichung der wesentlichen Funktion des Urheberrechts, wie sie im Gemeinschaftsrecht anerkannt ist, unerläßlich ist."*[201] Somit führte das EuG für die Fallgestaltung, in der ein geistiges oder gewerbliches Schutzrecht die wesentliche Einrichtung darstellt, eine zusätzliche Voraussetzung für die Bejahung eines Missbrauchs ein: die Verhinderung des Angebots eines neuen Produkts, nach dem potentielle Nachfrage besteht. Die Verschärfung der

---

[198] EuGH Slg. 1974, 223 – Commercial Solvents; Kommission vom 11.6.1992, EG-Bulletin Nr. 6 1992, Tz. 1.3.30 – Sealink I; Kommission vom 21.12.1993 – IV/34.689– Sea Containers/Sealink (Sealink II), Rn. 62; Kommission vom 21.12.1993 – Rödby; EuGH Slg. 1995, I-743 – Magill; EuGH Slg. 1998, I-7791 – Bronner/Mediaprint; Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft; EuGH Slg. 2004, I-5039 – IMS Health.

[199] EuGH Slg. 1995, I-743 – Magill.

[200] Kommission vom 21.12.1988 – IV/31.851 – Magill, Rn. 23.

[201] EuG Slg. 1991, II-485 – RTE; EuG Slg. 1991, II-575 – Magill; bestätigend EuGH Slg. 1995, I-743 – Magill.

Voraussetzungen ist der Tatsache geschuldet, dass die Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten an sich kein missbräuchliches Verhalten darstellt und daher erhöhte Anforderungen an die Wettbewerbsbeeinträchtigung zu stellen sind.

#### 4.1.2.1.2 Microsoft

Die Kommission verhängte in einem Missbrauchsverfahren nach Art. 82 EG ein Bußgeld in Höhe von fast 500 Mio. Euro gegen den Softwarehersteller *Microsoft.*[202] Einen Missbrauch gemäß Art. 82 EG sah die Kommission zum einen in der Weigerung seitens Microsoft, Wettbewerbern Informationen zur Herstellung von Interoperabilität zwischen Netzwerkservern und dem Betriebssystem Windows bereitzustellen, und zum anderen in der Integration (Koppelung) des Windows Media Players in das Betriebssystem Windows.[203] Nach Ansicht der Kommission hatte Microsoft eine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für PC-Betriebssysteme und für Arbeitsgruppen-Betriebssysteme.[204] Gestützt auf die Vorgaben dieser Entscheidungen bezüglich der Weigerung zur Bereitstellung von Schnittstelleninformationen, kommt die Kommission zu folgendem Schluss:

*"(779) Microsoft has been enjoying a dominant (quasi-monopoly) position on the client PC operating system market for many years. This position of market strength enables Microsoft to determine to a large extent and independently of its competitors the set of coherent communications rules that will govern the de facto standard for interoperability in work group networks. As such, interoperability with the Windows domain architecture is necessary for a work group server operating system vendor in order to viably stay on the market. […]*

*(781) The data collected by the Commission show that there is a risk of elimination of competition in the work group server operating system market. […] Furthermore, there is no actual or potential substitute to disclosures by Microsoft of interoperability information.*

(782) Microsoft's refusal to supply has the consequence of stifling innovation in the impacted market and of diminishing consumers' choices by locking them into a homogeneous Microsoft solution. As such, it is in particular inconsistent with the provisions of Article 82 (b) of the Treaty."

---

[202] Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft.

[203] *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260, 1264.

[204] Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft, Rn. 429-472, 473-541.

*Essential facilities* sind im Fall *Microsoft* also die Schnittstelleninformationen zur Herstellung der Interoperabilität zwischen Netzwerkservern und dem Betriebssystem Windows. Anstatt die in dem Urteil *Magill* entwickelten Voraussetzungen ausdrücklich als Maßstab heranzuziehen, bewegte sich die Kommission strikt in den Begrifflichkeiten des Art. 82 S. 2 lit. b EG.

#### 4.1.2.1.3 IMS Health

In *IMS Health*[205] knüpfte der EuGH an die Entscheidungen *Magill* (und *Bronner/Mediaprint*[206]) an. Wie schon in *Magill*, geht es in *IMS Health* um die Lizenz zur Nutzung eines geistigen Eigentumsrecht, welche für die Tätigkeit auf einem nachgelagerten Markt wesentlich ist. Das Unternehmen IMS Health erstellte in Datenbanken Marktberichte über den Absatz von Arzneimitteln und Gesundheitserzeugnissen und benutzte zur Einteilung der geographischen Absatzgebiete eine spezielle Bausteinstruktur, die es in Zusammenarbeit mit der Pharmaindustrie erarbeitet hatte. Die Bausteinstruktur der Datenbank von IMS Health wurde auf dem Markt für Berichte über den Absatz von Arzneimitteln ein gebräuchlicher Standard. Der EuGH stellte in dem Vorabentscheidungsverfahren fest, dass die Zurückhaltung der Lizenz ein Machtmissbrauch i. S. v. Art. 82 EG sei, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- das Unternehmen, das die Lizenz begehrt hat, beabsichtigt, auf dem Markt für die Lieferung der betreffenden Daten neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die der Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums nicht anbietet und für die eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht;
- die Weigerung nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist;
- die Weigerung geeignet ist, dem Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums den Markt für die Lieferung der Daten über den Absatz von Arzneimitteln in dem betreffenden Mitgliedstaat vorzubehalten, indem jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird.[207]

Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Missbrauchs richten sich also exakt nach den Kriterien in *Magill*. Insbesondere wird wieder die Verhinderung eines neuen Produkts bzw.

---

[205] EuGH Slg. 2004, I-5039 – IMS Health.

[206] EuGH Slg. 1998, I-7791 – Bronner-Mediaprint.

[207] EuGH Slg. 2004, I-5039 – IMS Health, Rn. 52.

einer neuen Dienstleistung gefordert, um die missbräuchliche Ausnutzung eines geistigen Ausschließlichkeitsrechts bejahen zu können. Auffällig ist weiterhin, dass der EuGH nicht mehr – wie in *Magill* - ausdrücklich fordert, dass auf einem abgeleiteten Markt jeglicher Wettbewerb ausgeschlossen werden muss. Der EuGH will die Voraussetzung der Eignung zur Ausschaltung des Wettbewerbs auf einem nachgelagerten Markt aber nicht beseitigen, sondern präzisiert nur den Begriff des abgeleiteten Marktes: es genüge, dass ein potentieller oder auch nur hypothetischer nachgelagerter Markt bestimmt werden kann. Dies sei der Fall, sobald die Erzeugnisse oder Dienstleistungen für eine bestimmte Tätigkeit unerlässlich sind und nach ihnen eine tatsächliche Nachfrage seitens der Unternehmen besteht, für deren Tätigkeit sie unerlässlich sind.[208] Entscheidend sei folglich, dass zwei Produktionsstufen unterschieden werden können, die dadurch miteinander verbunden sind, dass das vorgelagerte Erzeugnis ein für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses unerlässliches Element ist.[209]

#### 4.1.2.2 Bewertung der europäischen Rechtspraxis

Die aufgeführten EuGH- und Kommissionsentscheidungen sind keine kohärente Folge von Entscheidungen, in denen die *essential facility*-Doktrin Schritt für Schritt entwickelt und angewendet worden wäre. Während die Entscheidungen *Magill* und *IMS Health* noch eine gewisse Stringenz in der Weiterentwicklung der schematischen Behandlung von *essential facility*-Fällen erkennen lassen, ohne allerdings ausdrücklich eine *essential facility*-Doktrin aufzustellen, fällt die *Microsoft*-Entscheidung dogmatisch aus der Reihe, indem sie die vorgenannten Entscheidungen zitiert, aber nicht konkret anwendet, sondern „vor ihrem Hintergrund entscheidet".[210] Sowohl der EuGH als auch die Kommission haben es nicht für nötig gehalten, eine über den jeweiligen Fall hinaus gültige, allgemeine *essential facility*-Doktrin zu etablieren. Jedoch ist eine grobe Linie zu erkennen, nach der ein Machtmissbrauch durch die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen unter Vorliegen der folgenden Voraussetzungen gegeben ist:

- ein marktbeherrschendes Unternehmen,
- das über eine wesentliche Einrichtung verfügt,
- verweigert einem anderen Unternehmen den Zugang zu dieser Einrichtung

---

[208] EuGH Slg. 2004, I-5039 – IMS Health, Rn. 44.

[209] EuGH Slg. 2004, I-5039 – IMS Health, Rn. 45.

[210] Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft, Rn. 559.

- ohne sachlichen Grund,
- so dass der Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt ausgeschlossen werden kann.

In den Fällen, in denen es um die Erteilung einer Lizenz zur Nutzung eines geistigen Eigentumsrechts geht (*Magill* und *IMS Health*), ist zusätzlich erforderlich, dass ein neues Produkt oder eine neue Dienstleistung verhindert wird, nach dem bzw. der potentiell Nachfrage besteht. Anderenfalls überwiegt das Interesse des Inhabers des Ausschließlichkeitsrechts, und ein Missbrauch müsste verneint werden.

Die häufig anzutreffende Behauptung, die *essential facility*-Doktrin sei aus dem US-amerikanischen Recht in das europäische Recht übernommen worden, ist zu bezweifeln. Richtig ist, dass diejenigen Fälle, auf die im amerikanischen Recht die *essential facility*-Doktrin Anwendung finden würde, im europäischen Recht unter einer ähnlichen Argumentation einer vergleichbaren Lösung zugeführt werden, was durchaus an einer faktischen Orientierung an der US-Rechtsprechung liegen kann. Da weder die Kommission noch der EuGH sich jemals ausdrücklich auf die US-amerikanische *essential facility*-Doktrin beziehen, sondern lediglich unter Art. 82 EG (bzw. Art. 86 EG a. F.) subsumieren, ist es nicht sachgemäß, von der Adaption einer Doktrin zu sprechen.

### 4.1.3 Die essential facility-Doktrin im deutschen Recht

Im Gegensatz zu den auf Grundlage von Generalklauseln (Sec. 2 Sherman Act bzw. Art. 82 EG) entwickelten Zugangsansprüchen enthält das deutsche Wettbewerbsrecht mit § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB eine ausdrückliche gesetzliche Normierung von Zugangsansprüchen für Infrastruktureinrichtungen. Da in der Internetökonomie häufig internationale Sachverhalte auftreten, spielt § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB kaum eine Rolle. Vielmehr bildet Art. 82 EG in solchen Sachverhalten, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen (sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel), die Untergrenze der Regulierung (Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO (EG) 1/2003). Wird also in einem Sachverhalt mit hinreichendem Auslandsbezug ein Missbrauch nach der *essential facility*-Doktrin unter Art. 82 EG festgestellt, kommt es auf die deutsche Vorschrift § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht mehr an.

§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB wurde im Rahmen der 6. GWB-Novelle 1999 ins GWB eingefügt. Zuvor existierte im GWB lediglich eine spezielle Norm für die Stromdurchleitung im Energiebereich, § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 4 GWB a. F. Ziel des Gesetzgebers bei der Normierung eines allgemeinen kartellrechtlichen Zugangsanspruchs war, auf diese Weise der wachsenden volkswirtschaftlichen Bedeutung sog. Netzindustrien und anderer für die Aufnahme des

Wettbewerbs wesentlicher Einrichtungen, vor allem im Rahmen der globalen Informationsgesellschaft, Rechnung zu tragen.[211] Bereits vor Inkrafttreten des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB sahen spezialgesetzliche Vorschriften sektorspezifische Zugangsansprüche vor. Unter Bezugnahme auf diese sektorspezifischen Regelungen und die Ausgestaltung von Zugangsansprüchen zu wesentlichen Einrichtungen durch die Kommission sowie die europäischen Gerichte erachtete der deutsche Gesetzgeber auch für Deutschland die Schaffung einer einheitlichen Regelung für geboten. Der Begriff der wesentlichen Einrichtung wurde auf Betreiben des Bundesrates durch den Begriff der Infrastruktureinrichtung ersetzt, damit Lizenzen für geistiges Eigentum aus dem Anwendungsbereich herausfallen.[212] Somit ist der Anwendungsbereich der deutschen Vorschrift enger als derjenige der europäischen *essential facility*-Doktrin, nach denen geistige Schutzrechte wesentliche Einrichtungen sein können. Im Falle einer Lizenzverweigerung kann allerdings an einen Behinderungsmissbrauch i. S. v. § 20 Abs. 1 GWB gedacht werden.

### 4.1.4 Anwendung der essential facility-Doktrin in der Internetökonomie

Die wesentlichen Einrichtungen der Internetökonomie können sowohl physischer als auch logischer Natur sein. Eine physische Einrichtung wäre z. B. eine bestimmte technologische Einrichtung wie ein Server. Von größerer Bedeutung sind in der Internetökonomie allerdings unkörperliche, also logische Einrichtungen wie z. B. Schnittstelleninformationen oder Handelsplätze. Im Einzelnen ist an folgende physische und logische *essential facilities* in der Internetökonomie zu denken:

- Physische Netze oder Netzabschnitte: Die Benutzung von bestimmten Netzen oder Netzabschnitten kann für bestimmte Tätigkeiten in der Internetökonomie wesentlich sein. Beispielsweise ist der Zugriff auf die Teilnehmeranschlussleitung im Telefonfestnetz wesentliche Voraussetzung für die Erbringung von Breitbandinternetdiensten. Der spezielle Fall des Zugangs zum Telefonnetz wird allerdings schon durch das Telekommunikationsgesetz (TKG) reguliert, so dass das allgemeine Kartellrecht hier allenfalls subsidiäre Bedeutung hat.
- Technische Einrichtungen: Auch der Zugang zu technischen Einrichtungen wie z. B. Servern könnte für bestimmte Marktsegmente der Internetökonomie wesentlich sein.

---

[211] Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 13/9720.

[212] BT-Drs. 13/9720, S. 79 f.

Ein Beispiel für eine wesentliche Einrichtung könnte das Root-Server-System der ICANN sein, über welches das System der Zuordnung von IP-Adressen zu Domainnamen gesteuert wird.[213] Jedoch wird in den seltensten Fällen eine bestimmte technische Einrichtung für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit unerlässliche Voraussetzung sein. Aufgrund des Fortschritts in der Produktion von Hardware ist es dem Zugang begehrenden Unternehmen in der Regel zuzumuten, die jeweilige Hardware selbst anzuschaffen. So ist auch die technische Infrastruktur des Root-Server-Systems der ICANN duplizierbar, also keine wesentliche Einrichtung im Sinne der *essential facility*-Doktrin.

- Schnittstellen und Schnittstelleninformationen: Schnittstellen von Hardware oder Software eines Anbieters mit dominierender Stellung können für die Hersteller der gleichen oder nachfolgenden Marktstufen wesentliche Einrichtungen sein, die zur Gewährleistung der Kompatibilität mit dem Quasi-Standard des Marktbeherrschers erforderlich sind. Beispielsweise ist der Zugriff auf Schnittstelleninformationen verschiedener Versionen des Betriebssystems Windows für andere Software-Anbieter essentiell.[214]
- Plattformen: Internetplattformen, vor allem Handelsplattformen, sind von starken Netzeffekten geprägt. Mit der Zahl der Käufer und Verkäufer steigt der wirtschaftliche Nutzen der Plattformen, unabhängig davon, ob es sich um B2B-Plattformen (Bsp.: Covisint), B2C-Plattformen (Bsp.: Amazon) oder C2C-Plattformen (Bsp.: eBay) handelt. Die marktbeherrschende Plattform könnte dadurch zu einer wesentlichen Einrichtung für verschiedene Marktsegmente werden. Beispielsweise wäre ein Internethändler für Gebrauchtwaren, der von eBay ausgeschlossen würde, auf dem Markt stark benachteiligt.[215]
- Dienste: Viele Internetdienste haben sich auf ihren jeweiligen Märkten zu faktischen Standards entwickelt. Beispielsweise dominiert Google den deutschen Markt für Internetsuchmaschinen mit einem Marktanteil von etwa 90 %. Jeglicher E-Commerce würde durch den Ausschluss aus Google massiv erschwert. Aber auch die bekannten

---

[213] Ausführlich zu den kartellrechtlichen Fragen bezüglich der ICANN im Zusammenhang mit alternativen Adressierungssystemen *Müller*, MMR 2006, 427. Siehe auch unten S. 97 ff.

[214] Z. B. Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft.

[215] Dazu ausführlich *Aufderheide/Lindner/Zimmerlich* in: Grob/vom Brocke, S. 129, 150 ff.

> Dienste des „Web 2.0“ (wie das Internet in seiner interaktiven Ausrichtung gern genannt wird) wie MySpace oder YouTube haben es geschafft, innerhalb kürzester Zeit gewaltige Nutzerströme in ihrem jeweiligen Marktsegment auf sich zu ziehen und dadurch große Bedeutung für verschiedene Märkte (z.B. Werbemärkte) erlangt.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die logischen *essential facilities* in der Internetökonomie eine größere Rolle spielen als die physischen Einrichtungen, die in aller Regel aufgrund des technologischen Fortschritts duplizierbar sind. Eine Ausnahme bilden hier die Teilnehmeranschlussleitungen des Telefonfestnetzes, deren Duplizierung wirtschaftlich unvernünftig und daher unzumutbar ist.[216]

Im europäischen Recht fehlen bisher Entscheidungen von Kommission, EuG oder EuGH zu Zugangsansprüchen zu wesentlichen Einrichtungen unter Berücksichtigung der ökonomischen Besonderheiten der Internetökonomie. Es wird auch trotz der Vielzahl potentiell wesentlicher Einrichtungen nur in Ausnahmefällen ein Zugangsanspruch auf Grundlage der *essential facility*-Doktrin in der Internetökonomie herzuleiten sein. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt ein Missbrauch i. S. v. Art. 82 EG im Falle der Zugangsverweigerung zu einer wesentlichen Einrichtung voraus, dass die Verweigerung geeignet ist, den Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt vollständig auszuschließen. Die europäische *essential facility*-Doktrin verlangt also, dass der Inhaber der wesentlichen Einrichtung der Internetökonomie durch die Zugangsverweigerung auch eine beherrschende Stellung auf einem nachgelagerten Markt begründet. Die Gefahr der Ausdehnung der Marktmacht auf einen Sekundärmarkt wird in den Internetmärkten selten gegeben sein. Beispielsweise lässt sich für die Fälle eBay oder Google kaum ein nachgelagerter Markt finden, auf den die Betreiber ihre Marktmacht ausdehnen könnten. Denkbare Konstellationen einer solchen Machtübertragung ergeben sich allenfalls aus Sekundäraktivitäten von Google und Co.: So könnte z. B. Google versuchen, sämtliche Suchanfragen zu Videoclips auf sein im Jahr 2006 erworbenes Videoportal YouTube umzuleiten und dadurch andere Videoplattformen erheblich benachteiligen. In diesem Fall würde Google seine Macht auf dem Suchmaschinenmarkt missbrauchen, um sich Marktanteile auf dem nachgelagerten Markt für das Video-Hosting zu sichern. Selten wird eine Machtverlagerung in der Internetökonomie geeignet sein, sämtlichen Wettbewerb auf dem jeweiligen nachgelagerten Markt vollständig auszuschalten, da die Marktzutrittsschranken in der Internetökonomie eher gering sind und sich in kurzer Zeit

---

[216] Holznagel/Enaux/Nienhaus, Rn. 230.

alternative Angebote entwickeln können und die wirtschaftlichen Machtpositionen im schnelllebigen E-Commerce ohnehin einer starken Schwankung unterworfen sind. Das Beispiel *Microsoft* zeigt dennoch, dass eine Machtübertragung in der Internetökonomie nicht ausgeschlossen ist.

Auch das deutsche Recht verlangt gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB die Auswirkung der Zugangsverweigerung zur *essential facility* auf einen nachgelagerten oder vorgelagerten Markt, so dass sich hier ähnliche Probleme stellen.

Im Gegensatz dazu wurde diese Voraussetzung in der amerikanischen Rechtspraxis nicht so klar formuliert. Dies liegt darin begründet, dass nach Sect. 2 Sherman Act schon die Monopolisierung verboten ist, nicht erst die missbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung. Allerdings ist für die Anwendung der *essential facility*-Doktrin in der Internetökonomie die weitgehend ablehnende Haltung des Supreme Court gegenüber der Doktrin zu berücksichtigen. Derzeit sind keine Kriterien vorhanden, unter welchen Umständen die Anwendung der Doktrin den Bedenken in Rechtsprechung und Literatur standhalten würde. Viele dieser Bedenken sind aus wettbewerbspolitischen Erwägungen nicht von der Hand zu weisen. Die Duplizierung von wesentlichen Einrichtungen kann in vielen Fällen sinnvoller sein als die Gewährung des Zugangs zur bestehenden Einrichtung eines Marktbeherrschers bzw. Monopolisten, zum Beispiel zur Verbesserung des Services, zur Preissenkung oder zur Modernisierung von Einrichtungen. Die Eröffnung des Zugangs zu (bisher) wesentlichen Einrichtungen könnte so den Kerngedanken des Innovationswettbewerbs behindern. Allenfalls in gesondert gelagerten Fällen ist in der Internetökonomie Raum für kartellrechtliche Zugangsansprüche, nämlich bei nicht oder nur unter extrem unwirtschaftlichen Bedingungen aufbrechbaren Netz- und Lock-in-Effekten. Solange der Supreme Court kein Kriterium für die Anwendbarkeit der *essential facility*-Doktrin herausgearbeitet hat, kann von einer weitgehenden Unanwendbarkeit der Doktrin in den USA auch in der Internetökonomie ausgegangen werden. Sollte die Anwendbarkeit der *essential facility*-Doktrin im US-amerikanischen Kartellrecht jedoch in der Zukunft insgesamt oder lediglich auf die Internetökonomie bezogen befürwortet werden, wären nur marginale Unterschiede zu der Rechtslage in Europa zu erwarten. Allein das Kriterium der Marktmachtübertragung kann hier zu einer Erschwerung von Zugangsansprüchen im europäischen und deutschen Recht führen. Die Bedeutung dieses Kriteriums in einer dynamischen Internetökonomie wird sich allerdings erst in der zukünftigen Entwicklung herausstellen.

## 4.2 Standardisierung

Standardisierung lässt sich als „Festlegung technischer oder qualitätsmäßiger Anforderungen an bestehende oder zukünftige Erzeugnisse, Herstellungsverfahren oder Methoden“ definieren.[217] Hierbei wird zwischen offenen und proprietären Standards unterschieden. Bei proprietären Standards bestehen Eigentumsrechte an einer Technologie, die sich zum Standard entwickelt hat. An offenen Standards bestehen in der Regel keine Eigentumsrechte, oder es wird auf ihre Wahrnehmung verzichtet. Die Nutzung der Technologie ist ohne Einflussnahme ihres Entwicklers möglich. Jedermann kann seine Produkte dem Standard anpassen oder diesen verändern (Z. B. Linux-Software).[218]

Die Festlegung auf eine technische Norm kann auf zwei Wegen erfolgen: Standards können de jure durch Gesetzgeber bzw. öffentliche Normierungsorganisationen festgesetzt werden, sog. multilaterale Standardisierung (Bsp. Standards des Deutschen Instituts für Normung: DIN; Standards des Europäischen Instituts für Standardisierung im Telekommunikationsbereich: ETSI).[219] Standardisierung kann auch de facto durch die Privatwirtschaft erfolgen, indem andere Unternehmen die neue Technologie übernehmen (unilaterale Standardisierung).[220] Diese Entwicklung wird weitgehend beeinflusst von den ökonomischen Mechanismen, die auf dem jeweiligen Markt wirken. Der Ansatzpunkt für kartellrechtliche Prüfungen ist dabei unterschiedlich: während bei den multilateralen Standardisierungen die zugrunde liegende Vereinbarung Gegenstand von Prüfungen ist, fehlt bei Fällen unilateraler Standardisierung eine Vereinbarung. Kartellrechtlich relevant ist hier ein anderes Verhalten wie Lieferverweigerung oder Koppelung, das einem Unternehmen aufgrund seiner Macht zur technischen Standardsetzung möglich ist. Auf dem Markt für Informationstechnologie können vor allem Netzeffekte zur Etablierung eines Standards beitragen.[221]

Das prägenste Merkmal der Internetökonomie sind die hier wirkenden Netz- oder Netzwerkeffekte. Standardisierung wird in der Internetökonomie daneben durch die sog.

---

[217] Kommission, Horizontalleitlinien (S. o. Fn. 22), Rn. 159.

[218] *Beth*, S. 39; *Thum*, S. 23, *Gröhn*, S. 30.

[219] http://www.normung.din.de; http://www.etsi.org (Stand: 1.3.2007).

[220] *Beth*, S. 36.

[221] S. dazu oben S. 4.

Skaleneffekte ermöglicht und erleichtert.[222] Schließlich wird Standardisierung ökonomisch durch die Probleme von *sunken costs* und *switching costs* gefördert.

Bevor sich eine von mehreren neuen Technologien als Standard erweist, herrscht Unsicherheit bei Abnehmern und Anbietern über den Markterfolg der neuen Produkte. Potentielle Kunden denken an einmal getätigte Anschaffungs- und Einarbeitungskosten, die in jedem Fall bezahlt werden müssen und sich nur durch ein bestimmtes zukünftiges Verhalten bezahlt machen, sog. *sunken costs*. Hat sich der Nutzer für die am Markt unterlegene Technologie entschieden, sind die getätigten Investitionen verloren.[223] Bei einem folgenden Systemwechsel würden nochmals Anschaffungs- und Einarbeitungskosten als sog. Wechselkosten (*switching costs*) fällig.[224] Durch die befürchteten Wechselkosten und durch die Unsicherheit über die Marktentwicklung ist die Neigung der Konsumenten und Hersteller zu einem Systemwechsel gering. Dies begründet eine sich selbstverstärkende Pfadabhängigkeit: je mehr in eine Technologie investiert wurde, desto geringer ist die Bereitschaft den einmal eingeschlagenen Weg zu verlassen. Dies begründet den sog. Lock-In-Effekt.[225]

Der Eigentümer eines proprietären Standards erlangt eine Monopolstellung. Diese kann er nur verlieren, indem seine Technologie durch eine neue ersetzt wird, deren Nutzen die Wechselkosten aufwiegt.[226] Vorausgesetzt, die Benutzung seiner Technologie steht anderen Unternehmen offen, kann dieser Umstand ein Ansporn sein, um Innovationen zu entwickeln und hierdurch selbst Standardsetzer zu werden. Bei einem offenen Standard findet der Wettbewerb nicht um, sondern auf dem Markt statt.[227] Der Marktzugang wird für alle potentiellen Wettbewerber kostengünstig. Dies erhöht die Anzahl der Wettbewerber und intensiviert den Wettbewerb auf dem Primärmarkt.[228] Durch proprietäre Standards erlischt zwar der Wettbewerb auf dem Primärmarkt, aber dessen Wachstum vergrößert auch die vor-

---

[222] S. dazu näher oben S. 5 sowie *Rubinfeld*, GRUR Int. 1999, 479, 480; *Zimmerlich/Aufderheide*, S. 4.

[223] *Pohlmeier*, S. 82.

[224] *Thum*, S. 85.

[225] *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260, 1262.

[226] *Pohlmeier*, S. 81.

[227] *Wolf*, S. 94.

[228] *Thum*, S. 23.

oder nachgelagerten Märkte. Dies führt dort zu einer Intensivierung des Leistungswettbewerbs.[229]

### 4.2.1 Standardisierung nach Europäischem Recht

An kartellrechtliche Grenzen stoßen Standardsetzer dann, wenn durch sie das Risiko von Wettbewerbsbehinderungen oder -verzerrungen entsteht. Diese Risiken können sowohl bei der Beeinflussung des Standardisierungsprozesses als auch bei der Ausnutzung der entstehenden Marktposition vorliegen. Dann kann je nach Einzelfall ein Verstoß gegen Art. 81 bzw. Art. 82 EG gegeben sein.

Sobald sich ein proprietärer Standard durchgesetzt hat, bildet dieser aufgrund der Selbstverstärkungseffekte und der Pfadabhängigkeit eine Quelle von Monopolmacht.[230] Auf dem Primärmarkt sind neue Wettbewerber in der ungünstigen Situation, dass sie über keine Nutzerbasis verfügen, weshalb zu ihren Gunsten keine Netzeffekte wirken. Wenn sie nicht auf die Nutzerbasis des Standardsetzers zugreifen können, erschwert der vorhandene Standard ihnen den Zutritt zum Markt.[231] Daher sind sie auf Kompatibilität zum Standard angewiesen. Wird diese verweigert, werden künstlich Marktzutrittschranken auf dem Primärmarkt aufgebaut.[232]

Der Inhaber des Standards kann seine Position auf dem Primärmarkt als Hebel benutzen, um auf nachgelagerte Märkte vorzudringen.[233] Indem ein komplementäres Produkt an das Standardprodukt gekoppelt wird, wird dessen große Verbreitung zum Vertrieb ausgenutzt. Konkurrierenden Produkten wird so die Nachfrage entzogen.[234] Zudem kann die Kompatibilität der Konkurrenzprodukte verhindert oder beeinträchtigt werden, so dass nur die eigenen komplementären Produkte mit dem Standard optimal zusammenarbeiten.[235]

Marktzutrittsschranken, Marktmachtverlagerung und Lock-In-Effekte behindern den Innovationswettbewerb, wenn potentielle Wettbewerber den Markteintritt als aussichtslos

---

[229] Gleiss/Hirsch, Rn. 330.

[230] *Beth*, S. 63.

[231] *Immenga* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 2, Rn. 6.

[232] *Pilny*, GRUR Int. 1990, 431, 435; *Sucker*, CR 1988, 271, 272.

[233] *Rubinfeld*, GRUR Int. 1999, 479, 485.

[234] Beth, S. 250; Zimmerlich/Aufderheide, S. 11.

[235] Zimmerlich/Aufderheide, S. 11.

betrachten.[236] Innovationen sind jedoch von enormer Bedeutung für den Wettbewerb. Nur durch innovative Produkte, deren Nutzen die anfallenden Wechselkosten aufwiegt, kann der Standard abgelöst werden.[237] Daher haben marktstarke Unternehmen ein grundsätzliches Interesse daran, diesen „Prozess der schöpferischen Zerstörung“[238] aufzuhalten.[239]

#### 4.2.1.1 Multilaterale Standardsetzung

Vereinbarungen zwischen konkurrierenden Unternehmen über die Festlegung von Standards können den Wettbewerb gemäß Art. 81 EG beschränken. So hatte die Kommission 1986 über die kartellrechtliche Zulässigkeit der Standardisierungsinitiative *X/Open Group* zu entscheiden.[240] Eine Gruppe bedeutender Hersteller von Hard- und Software hatte eine Vereinbarung angemeldet, welche die Entwicklung einer gemeinsamen Schnittstelle für das Betriebsystem UNIX verfolgte.[241] UNIX war als bisher einziges Betriebsystem auf allen Rechnersystemen der verschiedenen Hersteller einsetzbar und ermöglichte daher eine Verwendung von Software unabhängig vom übrigen System. Ziel der X/Open Group war es, einen einheitlichen, öffentlich zugänglichen Standard zur Verbesserung der Kompatibilität der verschiedenen Versionen zu entwickeln.[242] Die Kommission prüfte einen Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG. Die Kenntnis der von der X/Open Group definierten Schnittstelle verschaffte den Mitgliedern der Gesellschaft den bedeutenden Vorteil, dass sie früher als Nichtmitglieder auf die Schnittstelleninformation zugreifen und ihre Produkte deshalb schneller auf den Markt bringen konnten. Zudem verschaffte die Mitgliedschaft in der Organisation zusätzliches technisches Wissen, das Nichtmitgliedern vorenthalten blieb. Daher kam bei der Prüfung des Kartellverbotes den Aufnahmebedingungen besondere Bedeutung zu. Nach der Satzung der X/Open Group konnten nur bedeutende Unternehmen der

---

[236] *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260, 1267.

[237] *Wolf*, S. 69.

[238] *Schumpeter*, S. 138.

[239] *Wolf*, S.18.

[240] Kommission vom 15.12.1986 – IV/31.458 – X/Open Group.

[241] *Schroeder* in: Kilian/Heussen, Kap. 60, Rn. 16.

[242] *Sucker*, CR 1988, 271, 273; *Roth*, CR 1988, 195, 196.

europäischen Industrie aufgenommen werden, die eigenes Know-How bezüglich der UNIX-Betriebsysteme mitbringen.[243]

Die Kommission sah in dieser Regelung eine Verschlechterung der Wettbewerbssituation der Konkurrenten und befand sie daher für geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen.[244] Die Zulassungskriterien wurden als diskriminierend angesehen, da sie an die Höhe des Umsatzes sowie die technischen Vorleistungen anknüpften, und zudem die Mitgliedschaft von einer Abstimmung abhängig gemacht wurde. Die Nichtmitglieder erlitten vor allem wegen des zeitlichen Vorsprungs der Mitglieder erhebliche Wettbewerbsnachteile.[245] Der Wissensaustausch selber wurde jedoch nicht beanstandet.[246] Nachdem die Kommission einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG festgestellt hatte, prüfte sie die Voraussetzungen für eine Freistellung gemäß Art. 81 Abs. 3 EG. Die Förderung technischen Fortschritts wurde in der stimulierenden Wirkung für die Entwicklung von Software durch Mitglieder und andere Wettbewerber erkannt. Für die Verbraucher bedeutete dies eine größere Auswahlmöglichkeit, zudem stellte die Unabhängigkeit von der Hardware einen Schutz von getätigten Investitionen dar.[247] Die Aufnahmebeschränkungen wurden wegen der praktischen und logistischen Schwierigkeiten einer zu großen Mitgliederzahl bei der Entwicklungsarbeit als gerechtfertigt angesehen.[248] Vor allem aber war ausschlaggebend, dass die Mitglieder die Spezifikationen unverzüglich öffentlich bekannt gaben, was die nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb kompensieren würde. Die überwiegenden Vorteile der Standardisierung veranlassten die Kommission dazu, die X/Open Group für fünf Jahre vom Kartellverbot freizustellen.[249]

---

[243] *Schroeder* in: Kilian/Heussen, Kap. 60, Rn. 16; *Sucker*, CR 1988, 271, 273.

[244] *Roth*, CR 1988, 195, 196.

[245] *Gleiss/Hirsch*, Rn. 329; *Sucker*, CR 1988, 271, 273.

[246] *Schroeder* in: Kilian/Heussen, Kap. 60, Rn. 18.

[247] *Roth*, CR 1988, 195, 197.

[248] *Roth*, CR 1988, 195, 197.

[249] *Schroeder* in: Kilian/Heussen, Kap. 60, Rn. 19; *Sucker*, CR 1988, 271, 273.

#### 4.2.1.2 Unilaterale Standardisierung

Standardsetzung erfolgte daneben durch einzelne Unternehmen. Besonders hervorzuheben sind dabei die Verfahren der Kommission gegen *IBM* und *Microsoft*.

Der IBM-Rechner System/370 war kein Gesamtsystem, sondern beruhte als erster Rechner auf austauschbaren, steckerkompatiblen Modulen. Bis Anfang der siebziger Jahre hatte *IBM* interessierten Herstellern die Schnittstelleninformationen dieses Rechners zugänglich gemacht. Mit der Zeit drangen immer mehr Hersteller von Peripheriegeräten auf den Markt, die auf die Kompatibilität mit den IBM-Komponenten angewiesen waren. Die Intensivierung des Wettbewerbs veranlasste IBM dazu, die Schnittstelleninformationen nun erst nach Auslieferung der eigenen Produkte preiszugeben, so dass kompatible Konkurrenzprodukte nur verspätet auf den Markt kamen.[250] Daraufhin leitete die Kommission ein Verfahren nach Art. 82 EG wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gegen IBM ein. Dabei beanstandete sie sowohl die verspätete Offenlegung der Schnittstelleninformationen als auch die Kopplungen verschiedener Komponenten an den Verkauf eines System/370-Rechners. Ohne ausdrückliche Anerkennung einer eventuellen Verfehlung akzeptierte IBM 1984 einen Vergleich und verpflichtete sich dazu, die Schnittstelleninformationen für jedes innerhalb der EU erscheinende Produkt an jeden Wettbewerber ohne ungerechtfertige Verzögerung zu liefern.[251] Damit setzte sich, im Gegensatz zu Entscheidungen in den USA, in Europa die Auffassung durch, dass IBM den eigenen Industriestandard nicht dazu einsetzen durfte, um sich die benachbarten Märkte für Hard- und Software vorzubehalten.[252]

Gegenstand des Verfahrens der Kommission gegen *Microsoft* war u.a. die Kopplung eines komplementären Produkts an das Betriebsystem.[253] Die Kommission prüfte dabei die Kopplung der Medien-Abspielsoftware Windows Media Player an das PC-Betriebsystem Windows als Verstoß gegen Art. 82 S. 2 lit. d EG. Befürchtet wurde eine Verlagerung der Marktmacht auf den Markt für Medien-Abspiel-Software, indem sich der Windows Media Player durch seine Verbindung mit dem Windows-Betriebssystem als Standard durchsetzt. Eine Kopplung setzt schon begriffsnotwendig das Vorliegen von mehreren Produkten voraus.

---

[250] *Schroeder* in: Kilian/Heussen, Kap. 63, Rn. 14; *Wolf*, S. 22; *Sucker*, CR 1988, 271, 274.

[251] Vgl. EG-Bulletin Nr. 10 1984, S.105 ff.

[252] *Heinemann*, CR 2005, 715, 716.

[253] Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft

Da der Windows Media Player auf Quellcodeebene im Betriebssystem integriert war, lag jedoch technisch nur ein Produkt vor. Trotzdem ging die Kommission mit Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH vom Vorliegen zweier getrennter Produkte aus.[254] Danach wurde für die Beurteilung der Trennung auf die Sicht der Nachfrager abgestellt und nicht auf die technischen Umstände. Da der Windows Media Player auch separat erhältlich ist, wurde das Vorliegen getrennter Produkte bejaht und festgestellt, dass durch die Kopplung ein Ausschluss des Wettbewerbs erfolgt. Zum einen wird der Windows Media Player durch das Ausnutzen des Vertriebssystems von Windows unabhängig von seiner Qualität verbreitet. Zum anderen orientieren sich die Inhalteanbieter durch diese hohe Verbreitung am Windows Media Player.[255] Die Vorteile eines Windows Media Player Standards konnten die Nachteile für den Wettbewerb nicht überwiegen.[256] Daher stellte die Kommission einen Verstoß gegen Art. 82 S. 2 lit. d fest.[257]

#### 4.2.1.3 Standardisierung am Beispiel von Trusted Computing

Unter dem Gesichtspunkt der Standardisierung ist insbesondere das Vorhaben der sog. *Trusted Computing Group* (TCG) zu bewerten, einem Zusammenschluss von Hardware- und Software-Herstellern sowie Internetdienstleistern. Beim *Trusted Computing* handelt es sich um ein Konzept, das Ende der neunziger Jahre entwickelt wurde, um die Sicherheit von Rechnern und Rechnersystemen zu erhöhen.[258] *Trusted Computing*-Systeme setzen sich aus drei Bestandteilen zusammen, die trotz großer technischer Verbundenheit auseinander gehalten werden müssen.[259] Dabei handelt es sich um eine vertrauenswürdige Rechnerplattform, um eine neue Prozessorarchitektur und um ein sicheres Betriebssystem.[260]

---

[254] Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft, Rn. 825.

[255] Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft, Rn. 944.

[256] Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft, Rn. 556-570.

[257] Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft, Rn. 970.

[258] *Bechtold*, CR 2005, 393, 394.

[259] *Sandl*, DuD 2004, 521, 522.

[260] Zur uneinheitlichen Benennung der Komponenten: *Koenig/Neumann*, MMR 2003, 695, 695.

Nur bei Vorliegen dieser drei Elemente kann das Potenzial des *Trusted Computing*-Systems voll ausgeschöpft werden.[261]

Angesichts der Marktstärke der TCG-Mitglieder und bei Kenntnis um die Verwendungsmöglichkeiten der *Trusted Computing*-Technologie befürchten viele, dass die technisch eng verwobenen IT-Märkte abgeschottet und durch die TCG-Mitglieder beherrscht werden. Daraus folgen die Vernichtung des Wettbewerbs und eine extreme Machtkonzentration in den Händen eines privatwirtschaftlichen Industriekonsortiums.[262] Die Gefahr der Marktabschottung durch die TCG ist dabei gemäß Art. 81 EG zu beurteilen. Die Bewertung der Nutzung der Technologie durch Betriebssystem und Software erfolgt gemäß Art. 82 EG.

#### 4.2.1.3.1 Art. 81 EG – Marktabschottung durch die Organisation der TCG

Die Kompatibilität zur Standardtechnologie setzt die Kenntnis der Schnittstellen und gegebenenfalls die Lizenzierung von Immaterialgüterrechten voraus. Informationen über die Schnittstellen erhalten Nichtmitglieder erst durch die Veröffentlichung der Spezifikationen, die Lizenzvergabe unterliegt grundsätzlich der Abschlussfreiheit der Inhaber. Die TCG-Mitglieder erlangen die Informationen vor Veröffentlichung und können sie daher früher in ihre Produktentwicklung einfließen lassen.[263] Sie haben Anspruch auf Einräumung von Lizenzen an Immaterialgüterrechten zu vernünftigen und nicht diskriminierenden Bedingungen.[264] Damit bestehen erhebliche Wettbewerbsvorteile für TCG-Mitglieder gegenüber Nichtmitgliedern. Wenn hierdurch der Wettbewerb beschränkt wird, verstößt die TCG gegen das Kartellverbot des Art. 81 EG. Zur Konkretisierung des Art. 81 EG hat die Kommission Leitlinien über dessen Anwendung auf Horizontalvereinbarungen herausgegeben.[265] In diesen werden die Anforderungen an Standardisierungsvorhaben genauer dargelegt. So liegt in einer Vereinbarung über Normen dann keine

---

[261] *Brandl/Rosteck*, DuD 2004, 529, 535.

[262] Statt vieler: *Anderson*, TCPA - FAQ, abrufbar unter http://www.cl.cam.ac.uk/~rja14/tcpa-faq.html#additions (Stand: 1.3.2007).

[263] *Koenig/Neumann* in: Koenig/Neumann/Katzschmann, S. 126; Roth CR 1988, 195, 196.

[264] Siehe Trusted Computing Group, Bylaws, Section 16.4.

[265] Kommission, Horizontalleitlinien (S. o. Fn. 22).

Wettbewerbsbeschränkung, wenn diese für alle Mitglieder zugänglich, transparent und nicht verbindlich ist.[266]

Hinsichtlich der Auswirkungen der Standardisierung auf Dritte kann eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, wenn Mitglieder der Initiative einen Wissensvorsprung erlangen und Nichtmitglieder den Standard erst nach seiner Veröffentlichung mit zeitlicher Verzögerung übernehmen können.[267] Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Dritten können aber auch entstehen, wenn bei der Implementierung der Technologie auf gewerbliche Schutzrechte zurückgegriffen werden muss.[268]

#### 4.2.1.3.2 Art. 82 EG – Missbrauch der Technologie

Die TCG-Spezifikationen sind technisch und damit auch wettbewerbsrechtlich neutral. Sie bieten lediglich Funktionen an, die von Betriebssystemen oder Softwareherstellern genutzt werden können.[269] Bei der Beurteilung eines Marktmissbrauchs kommt es daher auf die Handlungen der Unternehmen an, die die Spezifikationen der TCG benutzen.

Durch den vertrauenswürdigen Speicher können unumgehbare Kompatibilitätsschranken aufgebaut werden. Dies trägt das Risiko, dass marktstarke Unternehmen proprietäre Dateiformate erstellen, die von Produkten der Wettbewerber unmöglich gelesen werden können.[270] Hierdurch werden Wettbewerber mit kleinerer Nutzerbasis aus dem Markt gedrängt, potentielle Wettbewerber vom Markteintritt abgehalten und ein proprietärer Standard aufgebaut.[271] Indem den Kunden eine hohe Kompatibilität der Produkte in Aussicht gestellt wird, können Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Märkten beeinflussen. Ein marktmächtiges Unternehmen, das über das Internet Dienste anbietet, könnte so vorschreiben, dass sich seine Dienste nur noch mit einer bestimmten Systemkonfiguration wie einem bestimmten Betriebssystem oder einem bestimmten Browser benutzen lassen. Es ist möglich, dass sich einzelne Seiten im Internet nur noch mit einem bestimmten Browser betrachten lassen. Für Microsoft wäre so eine Verlagerung von

---

[266] Kommission, Horizontalleitlinien (S. o. Fn. 22), Rn. 163.

[267] *Roth*, CR 1988, 195, 196.

[268] *Koenig/Neumann* in: Koenig/Neumann/Katzschmann, S. 122.

[269] *Günnewig/Rannenberg/Sadeghi/Stüble* in: Koenig/Neumann/Katzschmann, S. 156.

[270] *Bechtold*, CR 2005, 394, 401.

[271] *Arlt*, GRUR 2005, 1003 ff.

Marktmacht auf den Browsermarkt möglich, der dem Betriebssystemmarkt nachgelagert ist.[272]

Ein Verstoß gegen Art. 82 EG kann bei Vorliegen besonderer Umstände durch ein Verhalten möglich sein, dass sich nur auf einen benachbarten Markt auswirkt.[273] Durch *Trusted Computing* werden bestehende Interdependenzen zwischen Betriebssystem und Applikationen auf die Inhaltsebene ausgeweitet. So kann beispielsweise Microsoft mittels *Sealing* und Plattformattestierung gewährleisten, dass sich nur solche Dateien öffnen lassen, die mit einem bestimmten Programm herunter geladen werden. Daraufhin werden sich die *Content*-Anbieter auf diesen Browser orientieren, was es schließlich Microsoft ermöglicht, die Wettbewerbsbedingungen auf dem *Content*-Markt zu beeinflussen.

### 4.2.2 Standardisierung nach US-amerikanischem Recht

Die Standardsetzung seitens einzelner ist, sofern das betreffende Unternehmen über eine besonders große Marktmacht verfügt (Z. B. Microsoft.), am Verbot der Monopolisierung aus Sec. 2 Sherman Act (15 U.S.C. § 2) und am Verbot wettbewerbsbeschränkender Verträge aus Sec. 1 Sherman Act zu messen. Die Standardsetzung seitens mehrerer Unternehmen ist vor allem gemäß Sec. 1 Sherman Act zu beurteilen. Die amerikanischen Kartellbehörden bemühen sich um einen sachgerechten Ausgleich zwischen der wünschenswerten technischen Harmonisierung und der langfristigen Sicherung von Wettbewerb auf Hochtechnologiemärkten.[274] Aus Endnutzersicht ist die Etablierung von Standards zu begrüßen, da verbreitete Standards als Orientierungspunkte in unübersichtlichen Technologiesektoren die Kaufentscheidung vereinfachen und Kompatibilität von verschiedenen Produkten fördert. Die Hersteller haben ein erhebliches Interesse daran, ihre Produktentwicklung an etablierten Standards auszurichten und dadurch Fehlinvestitionen zu vermeiden. Jedoch darf die konkrete Praxis der Standardisierung sich nicht in Widerspruch zum Ziel des freien Marktes und Wettbewerbs setzen.

Auch in US-amerikanischen Fallgestaltungen zur Standardisierung muss zwischen Missbräuchen in multilateralen Standardsetzungsverfahren durch Normsetzungsorganisationen bzw. Unternehmensvereinigungen und unilateraler

---

[272] *Bechtold*, CR 2005, 393, 396.

[273] *Koenig/Neumann*, WuW 2003, 1138, 1150.

[274] *Bear/Balto*, 5 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 73, 74 (1999). Vgl. auch *Simons*.

Standardsetzung durch Marktbeherrscher unterschieden werden. Während zur missbräuchlichen Beeinflussung von kooperativen Standardsetzungsverfahren in den USA eine ausdifferenzierte Entscheidungstradition existiert, halten sich die US-Kartellbehörden – verglichen mit der europäischen Entscheidungspraxis – bei der Regulierung von de facto-Standards einzelner marktmächtiger Unternehmen tendenziell zurück, was insbesondere in den Fällen *IBM* und *Microsoft* zu divergierenden Auffassungen diesseits und jenseits des Atlantiks geführt hat.[275]

#### 4.2.2.1 Multilaterale Standardsetzung

Die missbräuchliche Ausnutzung oder Beeinflussung der normativen Kraft von förmlichen Verfahren in Standardsetzungs-Organisationen führt zur marktschädigenden Absicherung von Machtstellungen einzelner Unternehmen durch einseitig begünstigende offizielle Standards. Diese Art des Missbrauchs stand schon früh im Fokus der US-Kartellbehörden.[276]

Während in den Leitfällen des US-amerikanischen Rechts[277] die Standardorganisationen als solche – teilweise unter beherrschendem Einfluss einzelner Mitglieder - sich marktschädigend verhielten, beinhaltet eine andere Fallgruppe die missbräuchliche Beeinflussung oder Ausnutzung von kooperativen Normsetzungsverfahren durch einzelne Organisations-Mitglieder. In den Fällen *Rambus*[278] und *Dell*[279] wurden die Unternehmen jeweils beschuldigt, während des Verfahrens der Normsetzung in rechtswidriger Weise verheimlicht zu haben, dass sie Patente an bestimmten Komponenten der zu setzenden Normen halten. Durch die so zustande gekommenen Normen erwuchs den Unternehmen eine rechtliche Machtstellung auf den jeweiligen Märkten, da sie aus patentrechtlichen Gründen Gebühren für die Nutzung der jeweiligen Standards, auf die sie selbst hingewirkt hatten, erheben konnten.

---

[275] *Heinemann*, CR 2005, 715, 716.

[276] Dazu umfassend *Simons*. S. auch *Bear/Balto*, 5 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 73, 82 f. (1999).

[277] American Society of Mechanical Engineers v. Hydrolevel Corp., 456 U.S. 556 (1982); American Society of Sanitary Engineering, 106 F.T.C. 324 (1985); Allied Tube & Conduit Co. v. Indian Head, Inc., 486 U.S. 492 (1988).

[278] Rambus, Inc., FTC Dkt. No. 9302 (2002), abrufbar unter http://www.ftc.gov/os/2002/06/rambuscmp.htm.

[279] Dell Computer Corp., 121 F.T.C. 616 (1996).

Zusammengefasst lassen sich folgende Bedingungen resümieren, die das amerikanische Antitrust-Recht an die Setzung privater (also nicht-gesetzlicher) Industrienormen stellt[280], und die auch für Hochtechnologiemärkte gelten dürften:

- der Anwendungsbereich der Norm muss eng gehalten sein,
- alle von der Norm Betroffenen müssen Zugang zu der normsetzenden privaten Organisation haben,
- der neue Produktstandard muss anhand objektiver technischer Parameter festgelegt werden,
- der Standard darf nicht auf einem bereits existierenden Produkts basieren,
- bei der Normsetzung müssen Vorkehrungen getroffen werden, die Fairness und Objektivität garantieren,
- der private Standard darf nicht zur Pflicht gemacht werden, und
- alle Diskussionen der privaten normsetzenden Körperschaft müssen ausschließlich technischen Inhalts sein und dürfen keinen Anlass zur Vermutung verbotener oder verdächtiger Aktivitäten geben.

#### 4.2.2.2 Unilaterale Standardisierung

Die unilaterale Standardsetzung seitens einzelner Unternehmen kraft Marktmacht war ebenfalls Gegenstand der amerikanischen Entscheidungspraxis im Kartellrecht.

Im Juni 1998 eröffnete die Federal Trade Commission ein Verfahren gegen den Mikroprozessor-Hersteller *Intel* mit dem Vorwurf, Intel handele missbräuchlich, indem es als Reaktion auf unerwünschtes Verhalten von Großkunden jenen gegenüber technische Informationen verweigerte, die zur Implementierung der Intel-Komponenten notwendig waren.[281] Intel hatte auf dem hochinnovativen Markt für Mikroprozessoren, der wegen seiner außergewöhnlichen Kurzlebigkeit als Paradebeispiel für Hochtechnologiemärkte gelten kann, zu diesem Zeitpunkt einen Marktanteil von etwa 80%.[282] Intel war damit kraft Innovation und explosivem Wachstum zum Standardsetzer geworden. Drei von Intels Großkunden bzw. Entwicklungspartnern (die Unternehmen Digital Equipment, Intergraph und Compaq) hatten

---

[280] *Blechman/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 64.

[281] Intel Corp., FTC Dkt. No. 9288 (1998); dazu *Bear/Balto*, 5 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 73, 85 ff. (1999).

[282] *Bear/Balto*, 5 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 73, 85 (1999).

versucht, der wirtschaftlichen Übermacht Intels dadurch beizukommen, dass sie ihrerseits Gebühren für die Nutzung von Patenten und sonstigen Rechten einforderten. Intel begegnete diesen durchaus marktüblichen und rechtmäßigen Forderungen mit der Drohung, essentielle Schnittstelleninformationen, die üblicherweise von Intel an alle Kooperationspartner herausgegeben wurden, einzubehalten und dadurch die Zusammenarbeit zu blockieren.[283] Dieses Verhalten erachtete die Federal Trade Commission als wettbewerbswidrig: es sei inakzeptabel, dass Intel solche (und nur solche) Informationen, die es üblicherweise frei herausgibt, zurückhalte, um wirtschaftlichen Druck auszuüben und dadurch Konkurrenten zu schädigen und Innovationen zu verhindern.[284]

Der Ausgang des amerikanischen *Intel*-Falls überrascht aus europäischer Sicht nicht. Unter der europäischen Doktrin des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EG, §§ 19 ff. GWB) würde er in Europa bzw. Deutschland einer ähnlichen Lösung zugeführt. Die Divergenz der kartellrechtlichen Beurteilung von unilateraler Standardisierung seitens marktmächtiger Unternehmen in den USA und Europa offenbart sich jedoch an der unterschiedlichen Beurteilung des Verhaltens von Hardwaregigant IBM und Softwaregigant Microsoft. Während sich IBM 1984 auf Druck der Kommission verpflichtete, Konkurrenten aktuelle Schnittstelleninformationen zu ihrem Computersystem zu liefern, war in den USA ein entsprechendes Kartellverfahren gegen IBM 1982 zum Ergebnis gekommen, dass für IBM keine Offenlegungspflichten bestünden.[285]

Auch das Verhalten des Softwareherstellers *Microsoft* wurde unterschiedlich streng beurteilt. Die Kommission belegte Microsoft wegen Verstoßes gegen Art. 82 EG mit einer Geldstrafe von fast 500 Mio. Euro.[286] In den USA hingegen wurde ein ähnliches Verfahren gegen Microsoft unter US-Recht unter Vereinbarung einer Ausgleichszahlung seitens Microsoft beigelegt.[287] Das US-amerikanische Verfahren hatte die Koppelung von Microsofts Web-Browser Internet Explorer mit dem Betriebssystem Windows zum Gegenstand und zog sich von der Anklage durch die US-Regierung über sieben Jahre bis 2001 hin. Zwar entschied der

---

[283] *Bear/Balto*, 5 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 73, 85 f. (1999).

[284] *Bear/Balto*, 5 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 73, 86 f. (1999).

[285] Dazu *Kobak*, 64 Antitrust Law Journal 341, 346 f. (1996); *Heinemann*, CR 2005, 715, 716. Vgl. auch California Computer Prods. Inc. v. IBM, 613 F. 2d 727, 744 (9th Cir, 1979).

[286] Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft. M. w. N. *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260-1272.

[287] Dazu ausführlich *Chin*, 40 Wake Forest L. Rev. 1 (2005). Vgl. auch Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft, Rn. 18.

zuständige District Court 1999 und 2000, die Koppelung des Internet Explorers mit dem Betriebssystem Windows sei eine Verletzung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Verträge nach Sec. 1 Sherman Act.[288] Jedoch verwies der Court of Appeals im Juni 2001 das Verfahren mit der Maßgabe an das Ausgangsgericht zurück, die Vor- und Nachteile der standardisierenden Koppelung für den Wettbewerb auf den relevanten Märkten sorgfältiger gegeneinander abzuwägen (*rule of reason*).[289] Die US-Regierung entschied angesichts dieser Zurückweisung, die Klage fallen zu lassen; die Koppelung wurde somit nicht abschließend gerichtlich bewertet.[290] Stattdessen akzeptierte die US-Regierung einen Vergleich mit Microsoft[291], der allerdings kaum einschneidende Maßnahmen für Microsoft bereithielt und von Beobachtern eher als Kapitulation der Regierung denn als ausgehandelter Vertrag beurteilt wurde.[292]

### 4.2.3 Ergebnis

Insbesondere in der Internetökonomie häufen sich aufgrund des technischen Fortschritts und der internetspezifischen Effekte die Probleme, die durch Standardisierung hervorgerufen werden. Einerseits kann die Standardisierung, beispielsweise durch nutzerfreundliche Anwendungen, positive Auswirkungen haben. Andererseits kann die Einrichtung von Standards auch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, beispielsweise durch die Verhinderung von Innovationen, haben. Mit diesen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen von Standardisierung wird im europäischen und im US-amerikanischen Recht unterschiedlich umgegangen. Die US-Behörden gehen mit der Regulierung von de facto-Standards zurückhaltender um als die Kommission. Zurückzuführen ist diese differenzierte Behandlung auf die Unterschiede der beiden Rechtsordnungen. Art. 81 Abs. 1 EG präsentiert sich als absolutes Verbot, abgemildert nur durch die von Abs. 3 eröffnete Möglichkeit der Freistellung. Die sich aus Art. 11 Abs. 6 und den Erwägungsgründen der VO (EG) 1/2003 ergebene ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für die Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG bringt ein Maß an Starre mit sich. Dies steht im Gegensatz zu der Flexibilität durch die

---

[288] U.S. v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999); U.S. v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000).

[289] U.S. v. Microsoft Corp., 253 F. 3d 34, 95 (D.C. Cir. 2001).

[290] *Chin*, 40 Wake Forest L. Rev. 1, 2 f. (2005).

[291] U.S. v. Microsoft Corp., 231 F. Supp. 2d 144 (D.D.C. 2002).

[292] *Chin*, 40 Wake Forest L. Rev. 1, 3 (2005).

*rule of reason,* nach welcher die Anwendung der Verbotsnorm von Sec. 1 Sherman Act eine Abwägung der wettbewerbsfördernden und wettbewerbswidrigen Aspekte des untersuchten Verhaltens voraussetzt. Auch wenn dass in Art. 81 Abs. 1 EG formulierte Verbot nicht absolut und abstrakt ist, sondern auch eine Auslegung im Zusammenhang erfordert, können die Unterschiede in den gegenübergestellten Rechtsordnungen Ursache für die unterschiedlichen Entscheidungen sein.

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass die Grundlage in der europäischen und US-amerikanischen Rechtsprechung zur Standardisierung in der Internetökonomie bisher außerordentlich dünn ist. Zur TCG als bedeutendstem Fall der multilateralen Standardisierung fehlt beiderseits des Atlantiks überhaupt eine behördliche oder gerichtliche Entscheidung. Für die unilaterale Standardisierung in der Internetökonomie stehen einerseits der *IBM*-Fall, andererseits der *Intel*-Fall. Die widersprüchliche Einschätzung des Verhaltens von IBM unter europäischen Recht einerseits und US-amerikanischem Recht andererseits legen nahe, dass die Gefahren für den Wettbewerb durch de facto-Standards jedenfalls derzeit unterschiedlich bewertet werden. Die gegensätzlichen Entscheidungen gegen *Microsoft* geben zwar ebenfalls ein uneinheitliches Bild, sind aber auch in beiden Rechtsordnungen nicht vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Standardisierung entschieden worden. Inwieweit die Rechtsentwicklungen in der EU und in den USA zukünftig zu einheitlichen Richtlinien bei der kartellrechtlichen Bewertung von Standardisierung kommen werden, bleibt abzuwarten. Allerdings sind gerade für die technologiebasierte Internetökonomie verlässliche Kriterien für zulässige Standardisierungen zwingend erforderlich.

### 4.3 Zugang zu IP-Rechten

Eines der wichtigsten Güter der Internetökonomie sind geistige und gewerbliche Schutzrechte (*intellectual property rights*, IP-Rechte). Die technischen Netzeinrichtungen und Infrastrukturen sind durch Patentrechte, Software und Schnittstelleninformationen durch Urheber- und im Einzelfall ebenfalls durch Patentrecht geschützt. Im Internet verwendete und teilweise gewerblich angebotene Inhalte (Texte, Bilder, Musik, Filme, Datenbanken) unterliegen urheberrechtlichem Schutz. Damit wird für die Internetökonomie die Frage nach dem Schutz von IP-Rechten und dem Zugang zu diesen relevant. Der an Schutzgütern Berechtigte kann nur dann sein umfassendes Schutzrecht geltend machen, wenn nicht jeder den Zugang zu den Informationen des Schutzgutes erhält und es damit nutzen kann.

Für die Entwicklung von Innovationen ist ein Immaterialgüterrechtssystem von großer Bedeutung. Die Verleihung exklusiver Nutzungsrechte ermöglicht die Realisierung von Monopolgewinnen und Lizenzeinnahmen und stellt somit einen Anreiz zu weiterer innovativer Tätigkeit dar. Ohne Schutzrechte bestünde keine ausreichende Motivation zur Hervorbringung von Innovationen, da Dritte ohne eigene Aufwendungen fremde Ergebnisse sofort übernehmen könnten. Zudem werden Konkurrenten auf diese Weise gezwungen, Substitute für das geschützte Gut zu entwickeln, die ihrerseits den Stand der Technik bereichern. Demnach bilden Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht keinen Gegensatz, sondern ein sich ergänzendes System: Beide haben als grundlegende Zielsetzung die Förderung von Innovationen und Verbraucherschutz gemein. Allerdings sind die zur Zielerreichung eingesetzten Mittel gegensätzlich. Während das Wettbewerbsrecht auf Konkurrenzkampf und die Verhinderung von Monopolen ausgerichtet ist, ist die Gewährung eines Vorsprungs Wesensmerkmal der Immaterialgüterrechte. Während der Immaterialgüterschutz Rechte an bestimmten Informationen schützt und dadurch zu einem knappen Gut macht, gestaltet das Kartellrecht den Rahmen, der dem Austausch von Gütern zugrunde liegt. Folglich muss der Einsatz dieser beiden Instrumente aufeinander abgestimmt werden.

Für die Internetökonomie ist vor allem das Erfordernis der Weitergabe von (Schnittstellen-) Informationen problematisch, welche erst den Zugang in das Netz und zu netzbasierten Infrastrukturen ermöglichen. Für ein Netzwerk sind einheitliche Standards, die erst die Koordination und Kompatibilität von Kommunikations- und Systemprodukten ermöglichen, zwingende Voraussetzung.[293] Im Rahmen von Computernetzwerken kommunizieren die einzelnen PCs mittels ihrer Betriebssysteme mit dem Netzwerkserver und die einzelnen Netzwerkserver untereinander. Ist die genaue Spezifikation der Betriebssystem-Schnittstellen zwischen den Netzwerkservern und PCs nicht bekannt, kann ein reibungsloser Datenaustausch zwischen den Komponenten des Computernetzwerkes und damit auch die volle Funktionsfähigkeit der einzelnen serverseitigen Dienste nicht gewährleistet werden. Erforderlich für die erfolgreiche Teilnahme an der technologisch geprägten Internetökonomie kann aber auch die Nutzung fremder IP-Rechten wie Schlüsselpatenten sein.

Dadurch bedingt, wächst die Abhängigkeit der Unternehmen auf demselben oder auf vor- oder nachgelagerten Märkten untereinander. Insbesondere für den Zugang zu bestimmten

---

[293] *Zerdick*, S. 158. Vgl. zur Standardisierung oben S. 56 ff.

Netzwerken oder zur Entwicklung kompatibler Produkte sind die Unternehmen auf Informationen und die Erteilung von Lizenzen angewiesen. Dies versetzt diejenigen Unternehmen, die über immaterialgüterrechtlich geschützte Informationen und Patente verfügen, in die Lage, durch Lizenzverweigerungen oder Selektion bei der Lizenzvergabe Einfluss auf die Produktentwicklung bei anderen Unternehmen und auf die Anbieterstruktur des Marktes zu nehmen und sich so eine marktmächtige Position zu verschaffen. Informationen können sich so zu einem strategischen Instrument im Wettbewerb entwickeln, z. B. zur Marktabschottung oder Ausbeutung von Nachfragern. Um zu verhindern, dass sich aus der Geheimhaltung von für Vernetzungen erforderlichen Informationen auch ein Missbrauchsinstrument entwickelt, gilt es, einen gerechten Interessenausgleich zu schaffen. Einerseits haben die Unternehmen ein Interesse am Schutz ihrer Informationen zu Produkten, Leistungen und ihrem Unternehmen. Andererseits sind die Verbraucherinteressen und Interessen der Wettbewerber zu berücksichtigen. Dem Verbraucher ist daran gelegen, dass auch möglichst viele andere Produkte mit standardisierten Produkten kompatibel sind. Die Wettbewerber benötigen den Zugang zu Netzen oder die Herstellung kompatibler Produkte, wofür die erforderlichen Informationen offen gelegt werden müssen. Ohne Zugang zu den relevanten Informationen ist ihnen ein Tätigwerden auf vor- oder nachgelagerten Märkten nicht möglich. Zur Abwägung dieser unterschiedlichen Interessenlagen und der notwendigen Grenzziehung ist aus kartellrechtlicher Sicht sowohl der Informationsaustausch als auch dessen Nutzen für die Verbraucher und das betreffende Unternehmen zu bewerten.

### 4.3.1 Immaterialgüterrechte im Lichte des europäischen und deutschen Rechts

Ein geistiges oder gewerbliches Schutzrecht verleiht dem Rechtsinhaber eine dem ökonomischen Monopol ähnliche Ausschlussposition gegenüber Dritten. Soweit das Schutzrecht (ausnahmsweise) einen eigenen Markt ausmacht oder – wie beim Beispiel der Schutzstelleninformationen – den Zugang zu einem eigenständigen Markt ermöglicht, kann der Schutzrechtsinhaber kartellrechtlich als Marktbeherrscher zu behandeln sein. Ein marktbeherrschendes Unternehmen wird aber nicht allein durch das Ausnutzen seiner marktbeherrschenden Stellung zum Normadressaten des Art. 82 EG oder des § 19 Abs. 1 GWB. Hinzukommen muss stets die Missbräuchlichkeit des Verhaltens. Bisher fehlt eine spezifische Auseinandersetzung mit der Frage des missbräuchlichen Verhaltens durch Verweigerung des Zugangs zu IP-Rechten. Vielmehr wird die Diskussion vornehmlich im Rahmen der zur Ausgestaltung des Merkmals der Missbräuchlichkeit in den letzten Jahren

zunehmend herausgebildeten *essential facility*-Doktrin geführt. Durch die Doktrin soll die Gewährung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung erreicht werden können.[294] Problematisch ist, ob auch IP-Rechte als wesentliche Einrichtung gewertet werden können.

#### 4.3.1.1 Immaterialgüterrechte und Kartellrecht

Im Rahmen der von Kommission, EuG und EuGH ausgestalteten europarechtlichen Variante der *essential facility*-Doktrin ist der Begriff der Einrichtung bisher nicht negativ abgegrenzt worden. Dieser offene Begriff lässt eine Anwendung der Doktrin auf IP-Rechte zu, wie auch die Beispiele *Magill* und *IMS Health* zeigen. Eine Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB[295] auf Immaterialgüterrechte wird dagegen im deutschen Recht abgelehnt, da eine Vergleichbarkeit mit Infrastrukturen und Netzen fehlt.[296] Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn die Verfügbarkeit über Immaterialgüterrechte unmittelbare Netzeffekte hat.[297] Auch nicht physische Einrichtungen im Sinne von virtuellen Netzwerken fallen in den Anwendungsbereich des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.[298] Bei der Verfügbarkeit über Zugangs- oder Schnittstelleninformationen handelt es sich in erster Linie um Immaterialgüterrechte an diesen Informationen und nicht um den physischen Zugang zu einem Netz oder einer Infrastruktur selbst. Um mit einem vorhandenen Betriebssystem oder Netzwerk kompatible Produkte herstellen zu können, werden die Zugangs- bzw. Schnittstelleninformationen benötigt. Wenn darüber hinaus fast alle Nutzer mit einem bestimmten Betriebssystem arbeiten oder in einem bestimmten Netzwerk konnektiert sind, ist der Aufbau eines parallel verlaufenden Betriebssystems oder Netzwerkes aus ökonomischer Sicht kaum implementierbar. Aufgrund unmittelbarer Netzeffekte kann somit die Verfügbarkeit über Immaterialgüterrechte zu einer Zugangsverweigerung von Einrichtungen im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB führen.

---

[294] Näher zur *essential facility*-Doktrin s. o. S. 43 ff.

[295] S. näher zu dieser Norm oben S. 51 f.

[296] S. zusammenfassend *Götting* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. II, § 19, Rn. 90; *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19, Rn. 194; Gegenäußerung der Bundesregierung, BTDrs. 13/9720, S. 79 ff.

[297] *Müller*, MMR 2006, 427, 430.

[298] *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19, Rn. 196.

Entscheidend für die Wesentlichkeit der Einrichtung ist, dass andere Unternehmen auf ihre Benutzung angewiesen sind.[299] Dies ist sowohl bei körperlichen als auch bei unkörperlichen Positionen möglich. Die *essential facility*-Doktrin ist somit auf alle Fälle anwendbar, in denen die Beherrschung eines Marktes zur Einrichtung von Zutrittsschranken für vor- oder nachgelagerte Märkte eingesetzt werden kann.

Bereits im Fall *Microsoft* hat die Kommission die Kriterien des *more economic approach* zugrunde gelegt. Hier befürchtete sie als Folge der zurückgehaltenen Schnittstelleninformationen und damit des Geheimwettbewerbs eine Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfahrt, da der Verbraucher auf die von Microsoft angebotenen Komplettsysteme umsteigen werde und so nicht mehr von den Innovationen der Wettbewerber profitieren könne.[300] Gleichzeitig sei für Wettbewerber mangels ausreichender Nachfrage seitens der Verbraucher kein Anreiz mehr für die Entwicklung neuer Produkte gegeben, so dass auch der Innovationswettbewerb zum Erliegen kommen könnte.

#### 4.3.1.2 Verbraucherschutz und Immaterialgüterrechte

Der Verbraucherschutz wird beim Immaterialgüterschutz in der Internetökonomie relevant. Die Zurückhaltung von Netzwerkinformationen durch marktbeherrschende Unternehmen i. S. d. Art. 82 EG unter Berufung auf den Immaterialgüterschutz ist an den Zielen des Verbraucherschutzes zu messen. Grundsätzlich bezweckt Art. 82 EG zwar den Schutz des Wettbewerbs im Sinne der Gewährleistung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs.[301] Da der Schutz von Immaterialgüterrechten nicht zulasten des Verbraucherschutzes gehen darf, ist es sinnvoll, zumindest im Rahmen der Beurteilung vernetzter Unternehmen den *more economic approach*-Ansatz zu berücksichtigen. Wird bei der Begutachtung eines effizienten Wettbewerbs die Möglichkeit von Innovationswettbewerb berücksichtigt, gilt dies gleichzeitig auch den Verbraucherinteressen. Wird somit die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen der vernetzten Welt unter Berücksichtigung dieser Aspekte vorgenommen, führt der Schutz von Immaterialgüterrechten in der vernetzten Welt nicht zu einer Verletzung von Verbraucherinteressen.

---

[299] *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, Art. 86, Rn. 260.

[300] Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft, Rn. 693 f.

[301] *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, Art. 86, Rn. 1.

#### 4.3.1.3 Zugang zu IP-Rechten am Beispiel der Microsoft-Entscheidung

Die 2004 ergangene Entscheidung der Kommission gegen den Softwarehersteller *Microsoft* in einem Missbrauchsverfahren nach Art. 82 EG hat einige der zuvor erläuterten Besonderheiten der Internetökonomie in das wettbewerbsrechtliche Blickfeld gerückt. Neben der Problematik der Standardisierung umfasste die Entscheidung die Qualifizierung der Weigerung Microsofts, Wettbewerbern Informationen zur Herstellung von Interoperabilität zwischen Netzwerkservern und dem PC-Betriebssystem Windows bereitzustellen, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Die von Microsofts Wettbewerbern geforderten Informationen über Schnittstellenspezifikationen können als Teil des Arbeitsgruppen-Betriebssystems Gegenstand geistiger Eigentumsrechte, insbesondere von Urheberrechten, sein. Die Ausübung dieser Rechte und damit die Verweigerung der Lizenzierung stellen jedoch grundsätzlich keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG dar.

Bei Bewertung dieses Verhaltens als missbräuchlich im Sinn des Art. 82 EG ist nach Auffassung der Kommission bereits die Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung ausreichend, die besonders in Softwaremärkten durch die starken Netzeffekte gegeben sei, da in diesen Märkten eine eingetretene Wettbewerbsbeschränkung nur schwer umkehrbar sei. Als Folge der von Microsoft zurückgehaltenen Informationen und der hierdurch bedingten fehlenden Interoperabilität zwischen Arbeitsgruppenservern der Wettbewerber und Windows befürchtet die Kommission eine Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfahrt, da der Verbraucher auf die von Microsoft angebotenen Komplettsysteme umsteigen werde und so nicht mehr von den Innovationen der Wettbewerber profitieren könne. Gleichzeitig sei für Wettbewerber mangels ausreichender Nachfrage seitens der Verbraucher kein Anreiz mehr für die Entwicklung neuer Produkte gegeben, so dass auch der Innovationswettbewerb zum Erliegen kommen könnte.

### 4.3.2 Immaterialgüterrechte im Lichte des US-amerikanischem Rechts

Im US-amerikanischen Recht ist der Konflikt zwischen Immaterialgüterrechten und Kartellrecht ebenfalls bekannt. Hier wird überwiegend die Frage gestellt, ob Immaterialgüterrechte hinter einer effektiven Durchsetzung des Kartellrechts zurückstehen müssen.

Die US-amerikanischen Kartellbehörden arbeiteten bei der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle wirtschaftlicher Vorgänge lange Zeit mit deutlich strengeren Standards als die europäischen Behörden. In diesem rauen kartellrechtlichen Klima wurden IP-Rechte eher stiefmütterlich behandelt. Erst mit dem Aufkommen der Informationstechnologie wendete sich das Blatt zu

Gunsten einer stärkeren Beachtung der IP-Rechte sowie deren Wichtigkeit für ökonomisches Wachstum.[302] Die Einführung der *Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Porperty*[303] im März 1995 war der endgültige Wendepunkt in der amerikanischen Wettbewerbsaufsicht, in der nunmehr Innovationen, Informationen und IP-Rechte eine entscheidende Rolle spielen.[304] Auch in den USA kristallisierte sich spätestens in den viel beachteten Verfahren gegen *Microsoft* Ende der Neunziger Jahre die Frage nach dem Verhältnis von IP-Rechten zum Wettbewerbsrecht und damit nach der Ermöglichung des Zugangs zu IP-Rechten mit Mitteln des Wettbewerbsrechts als zentraler Problempunkt heraus. Konkret stellte sich die Frage, ob das Wettbewerbsrecht einem IP-Rechtsinhaber die Pflicht zur Erteilung von Lizenzen auferlegen kann und inwieweit das Wettbewerbsrecht Einfluss auf den Inhalt von IP-Lizenzen nehmen darf.[305] Ausgangspunkt ist Sec. 2 Sherman Act,[306] der sich – anders als Art. 82 EG – schon gegen den Erwerb einer Monopolstellung richtet. Allerdings wird, anders als im EG-Vertrag, nicht die Monopolstellung als solche bekämpft, sondern die Monopolisierung. In einer Leitentscheidung des Supreme Courts zu Sec. 2 Sherman Act in der Sache *United States v. Grinnel Corp.* definierte dieser die zwei für den Tatbestand der Monopolisierung entscheidenden Elemente:[307] "(1) the possession of monopoly power in the relevant markets and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen or historic accident."

Für die Frage des Zugangs zu IP-Rechten stellt das zweite Tatbestandselement (*conduct element*) das entscheidende Einfallstor dar: nicht jedes Verhalten, dass die wirtschaftliche Stellung des zur Frage stehenden Unternehmens ausbaut und somit letztendlich auch zu einem Monopol führen kann, wird von Sec. 2 erfasst. Vielmehr ist, wie im europäischen Recht, verbotenes wettbewerbswidriges Verhalten von erlaubten wettbewerbskonformen Verhalten

---

[302] *Kobak*, 64 Antitrust L.J. 341, 349 (1996).

[303] U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (IP-Guidelines), 1995, abrufbar unter http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm.

[304] Gilbert/Tom, S. 1.

[305] *O'Rourke*, 12 Harv. L.J. & Tech. 1, 25 (1998).

[306] 15 U.S.C. § 2 (2000).

[307] 384 U.S. 563, 570-571 (1966). Vgl. auch *Beckmerhagen*, S. 33.

zu unterscheiden.[308] In Bezug auf die Weigerung, Zugang zu IP-Rechten zu gewähren, ist problematisch, dass es ja gerade in der Natur von IP-Rechten liegt, ein Ausschließlichkeitsrecht zu gewähren. So stellt z. B. der *Patent Act* klar, dass die Verweigerung einer Lizenzerteilung bzw. das Auferlegen von Lizenzbedingungen in der Regel erlaubt ist.[309] Erst wenn feststeht, dass das Lizenzierungsverhalten gegen Sec. 2 Sherman Act verstößt, kann gegen dieses mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts vorgegangen werden. Daher müssen Kriterien gefunden werden, die eine solche Bewertung zulassen.

#### 4.3.2.1 Missbrauchsfeststellung

Für die Missbrauchsfeststellung bei der Zugangsverweigerung zu IP-Rechten sind auch bei Anwendung der IP-Guidelines die oben zu Sec. 2 Sherman Act dargestellten Grundsätze[310] zu beachten. Dabei kann insbesondere das *monopoly leveraging* als missbräuchliche Ausnutzung relevant werden. Die *rule of reason*-Analyse findet sich auch in den IP-Guidelines und wird von den zuständigen Behörden (U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission) bei der Bewertung des in Frage stehenden Verhaltens, sofern dieses nicht schon per se verboten ist, zugrunde gelegt.[311]

Insofern rückt der *more economic approach* der Kommission das europäische Wettbewerbsrecht in diesem Punkt in die Nähe des US-amerikanischen Rechts.[312]

#### 4.3.2.2 Fallgruppen

Im Laufe der Zeit haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet, die typischerweise ein missbräuchliches, monopolisierendes Verhalten im Sinne des Sec. 2 Sherman Act des Rechteinhabers nahe legen.

##### 4.3.2.2.1 Refusal to Deal

---

[308] Mestmäcker/Schweitzer, S. 390, Rn. 41.

[309] 35 U.S.C. § 271(d) (2002): "No patent owner otherwise entitled to relief ... shall be denied relief or deemed guilty of misuse or illegal extension of the patent right by reason of his having ... refused to license or use any rights to the patent".

[310] S. dazu oben S. 17 ff.

[311] U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, IP-Guidelines (S. o. Fn. 303), Tz. 3.4, S. 16. Vgl. dazu näher *Hamilton*, 7 C. L. Rev. & Tech. J. 23, 24 (2002).

[312] Siehe oben S. 43 f.

Eine grundsätzliche Pflicht des Monopolisten, Lizenzen zu erteilen, besteht nicht. Jedoch muss in zwei Konstellationen eine solche Pflicht diskutiert werden: In den Fällen der *essential facility*-Doktrin[313] und bei einer Änderung der bestehenden Geschäftspraxis (*changes in preexisting business practices*).[314]

Obwohl es dem IP-Rechteinhaber grundsätzlich freisteht, bestehende Vertragsbeziehungen zu beenden, ist von mehreren US-amerikanischen Gerichten ein plötzlicher Abbruch schon lange bestehender vertraglicher Beziehungen als missbräuchlich angesehen worden.[315] Ebenso hat der U.S. Supreme Court in *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highland Skiing Corp*. die plötzliche Weigerung der Lizenzerteilung, die zudem nicht von Effizienzgewinnen gerechtfertigt werden konnte, als missbräuchlich angesehen.[316] Bisher fehlen aber behördliche oder gerichtliche Entscheidungen, die sich mit der Frage des *refusal to deal* bezüglich IP-Rechten in der Internetökonomie befassen.

#### 4.3.2.2.2 Leveraging

Gerade in der Internetökonomie bestehen für die Besitzer von Immaterialgüterrechten nicht nur erhebliche Anreize, sondern oft auch vielfältige Möglichkeiten, durch den strategischen Einsatz von Lizenzen ihre Marktmacht auf weitere Märkte auszudehnen. Insofern ist zu fragen, wann die Übertragung von Marktmacht eines Monopolisten auf einen anderen Markt (*monopoly leveraging*) als Verstoß gegen Sec. 2 Sherman Act gesehen werden kann.

Dabei ging der U.S. Supreme Court in *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak, Co.* zunächst davon aus, dass das *leveraging* schon dann nicht mit Sec. 2 Sherman Act vereinbar ist, wenn es zu einem Wettbewerbsvorteil auf dem anderen Markt führt.[317] Dagegen führte er in der späteren Entscheidung in der Sache *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan* als notwendige Voraussetzung an, dass das Verhalten auch zu einem Monopol auf dem anderen Markt führen muss.[318] Mit Hinblick auf den Charakter der Sec. 2 Sherman Act als Anti-Monopolisierungsnorm wird, um einer Überdehnung dieses Tatbestandes entgegenzuwirken,

---

[313] Siehe oben S. 43 ff.

[314] *Bagley/Clarkson*, 16 Harv. L.J. & Tech. 327, 335 (2003).

[315] SMS Sys. Maint. Servs., Inc. v. Digital Equip. Corp., 11 F. Supp. 2d 166, 168 (D. Mass. 1998).

[316] 472 U.S. 585, 610 (1985).

[317] 603 F. 2d 263 (2d Cir. 1979); 444 U.S. 1093 (1980).

[318] 506 U.S. 447 (1993). Vgl. auch *Bagley/Clarkson*, 16 Harv. L.J. & Tech. 327, 336 f. (2003).

letzterer Entscheidung zu folgen sein.[319] Verhalten, dass zur Ausdehnung von Marktmacht führt, kann nur dann von Sec. 2 Sherman Act erfasst werden, wenn es auch zu einer Monopolisierung auf dem anderen Markt kommt. Aus der Internetökonomie sind bisher noch keine Entscheidungen bekannt, die sich mit dem *monopoly leveraging* befassen.

#### 4.3.2.2.3 Tying

Fälle der Koppelung (*tying*) fallen nicht unter Sec. 2, sondern in der Regel unter Sec. 1 Sherman Act.[320] Gekoppelt werden können Produkte, Leistungen und Lizenzen. Grundsätzlich spricht man von einer Koppelung, wenn der Verkauf oder die Lizenzierung eines Produktes von der Abnahme weiterer Produkte abhängig gemacht wird. Die Einsatzmöglichkeiten der Koppelung sind vielfältig. Allen Fällen gemein ist die Verbreitung eines oder mehrerer Produkte unter Umgehung bzw. zumindest Einflussnahme auf den Preisfindungsprozess über Angebot und Nachfrage.

Koppelungspraktiken finden sich insbesondere im Patentrecht. Hervorzuheben sind und dort als *patent misuse* eingestuft werden die Fälle, in denen die Lizenzerteilung von der Abnahme nicht patentierter Produkte bzw. die Lizenzerteilung von der Abnahme weiterer Lizenzen abhängig gemacht wird. Dabei begründet die Ausdehnung des patentrechtlichen Exklusivrechts auf Produkte, die nicht von diesem erfasst werden, den Missbrauchsvorwurf.[321]

Die in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte *misuse*-Doktrin stellt ein, dem europäischem Recht so nicht bekanntes, scharfes Schwert gegen Missbrauch dar. Solange der Missbrauch fortbesteht, sei es auch nur in einer einzigen, missbräuchlichen Vertragsbeziehung, kann der Rechteinhaber seine IP-Rechte gegen niemanden geltend machen und durchsetzen.[322] Während die *misuse*-Doktrin ihren Ausgangspunkt als *patent misuse* hatte, spielt sie auch eine wachsende Rolle bei *software copyright*-Fällen.[323]

Unter folgenden Bedingungen waren Koppelungen bisher per se verboten: “(1) the tying and tied good must be two separate products; (2) the defendant must have market power in the

---

[319] *Beckmerhagen*, S. 39 f. m. w. N.

[320] 15 U.S.C. § 1 (2000); *Bagley/Clarkson*, 16 Harv. L.J. & Tech. 327, 338 (2003).

[321] Beckmerhagen, S. 150.

[322] *Kobak*, 64 Antitrust L.J. 341, 355 (1996).

[323] *Kobak*, 64 Antitrust L.J. 341, 355 (1996) m. w. N.

tying product market; (3) the defendant must afford consumers no choice but to purchase the tied product from it; and (4) the tying arrangement must foreclose a not unsubstantial volume of commerce in the tied product."[324]

Dieses *per se*-Verbot erklärte der D.C. Circuit in dem *Microsoft*-Verfahren, in dem Microsoft u.a. auch die Koppelung seines Internet Explorers mit Windows 98 vorgeworfen wurde, für die Fälle, in denen das zur Frage stehende Produkt eine Plattform-Software darstellt, für unanwendbar.[325] Stattdessen sollte die Beurteilung der Missbräuchlichkeit unter einer *rule of reason*, d.h. unter Abwägung möglicher Konsumenten- und Effizienzvorteile, stattfinden. Ausschlaggebend für diese Abkehr von der traditionellen Betrachtungsweise war die Erkenntnis, dass in dynamischen, von Netzeffekten und schnellem technologischem Wandel geprägten Märkten der Wettbewerb eher um die Märkte als in den Märkten stattfindet und daher einer anderer Bewertung bedarf.[326]

#### 4.3.2.3 IP-Guidelines und Innovation Markets

Ein weiterer Ansatz, um missbräuchliches Lizenzierungsverhalten zu identifizieren, stellt die Berücksichtigung sog. *innovation markets* dar. Dabei soll nach den IP-Guidelines bei der Analyse des Lizenzierungsverhaltens deren Auswirkungen auf Forschung und Entwicklung zum einem als eigenständiger Aspekt im Rahmen der *rule of reason*-Analyse Berücksichtigung finden. Zum anderen können diese Auswirkungen separat in einem *innovation market* betrachtet werden.[327] Ein solcher Markt soll in der Forschung und Entwicklung eines bestimmten Produktes oder Prozesses gesehen werden.[328] Je stärker die durch die Lizenzierungspraxis auftretenden Vorteile für diesen „Forschungsmarkt" sind, desto unwahrscheinlicher stellen diese einen Missbrauch dar.

Dieses Konzept geht zurück auf die D.C. Circuit Entscheidung *FTC v. PPG Industries, Inc.*[329] von 1986 und den darin geäußerten Gedanken, dass weniger Wettbewerb auch weniger

---

[324] *Bagley/Clarkson*, 16 Harv. L.J. & Tech. 327, 338 (2003) m. w. N.

[325] 253 F. 3d 84 (2001).

[326] *Gilbert/Tom*, S. 43; *Bagley/Clarkson*, 16 Harv. L.J. & Tech. 327, 351 (2003).

[327] U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, IP-Guidelines (S. o. Fn. 303), Tz. 3.2.3, S. 10.

[328] U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, IP-Guidelines (S. o. Fn. 303), Tz. 3.2.3, S. 11.

[329] FTC v. PPG Industries, Inc., 798 F. 2d 1500, 1502-03 (1986).

Innovation hervorruft.[330] Die größte Schwierigkeit für die Anwendung des *innovation markets*-Konzeptes stellt jedoch die Messung von Innovationen dar. Insbesondere Voraussagen über zukünftige Innovationen erscheinen als nahezu unmöglich.[331] So besteht beispielsweise kein zwingender Zusammenhang zwischen den Ausgaben für Forschung und Entwicklung und tatsächlichen Neuerungen.[332]

Obwohl sich dieser Ansatz demnach als problematisch zeigt und eher kritisch betrachtet wird,[333] weist er dennoch in die richtige Richtung. Die Analyse zielt auf den Kern des Schutzzwecks von Immaterialgüterrechten, der in der Schaffung von Innovationen liegt. So hat der dem *innovation markets*-Konzept zugrunde liegende Gedanke, wenn auch nicht explizit, Eingang in das Verfahren der FTC gegen *Intel*[334] gefunden, welches mit einem Vergleich endete. In dem Fall warf die FTC Intel vor, seine monopolistische Position ausgenutzt zu haben, um bestimmte Lizenzbedingungen durchzusetzen. Dies würde faktisch zu einer Enteignung der Patentinhaber führen und Intels Position als Monopolist stärken, da durch den Verlust der Ausschließbarkeit die Innovationsanreize für die betroffenen Unternehmen gesenkt würden.[335] Verhindert werden muss danach Marktmacht, die zur Verhinderung von Innovationen eingesetzt wird.[336]

### 4.3.3 Ausblick

Die Eigenarten der Internetökonomie gebieten ein Umdenken bei der wettbewerbsrechtlichen Bewertung von entsprechenden Sachverhalten, auch wenn keine umfassende Änderung der bestehenden kartellrechtlichen Regeln notwendig erscheint. Diese sind auf Grund ihrer generalklauselartigen Abfassung grundsätzlich geeignet, geänderte ökonomische Grundsätze in die kartellrechtliche Bewertung einzubeziehen. Neben der schnelleren Einbeziehung von ökonomischen Erkenntnissen, mögen diese auch noch nicht abschließend geklärt sein, ist vor allem in zeitlicher Hinsicht ein beschleunigtes Eingreifen der Wettbewerbsbehörden in

---

330 *Hamilton*, 7 C. L. Rev. & Tech. J. 23, 25 (2002).

331 *O'Rourke*, 12 Harv. J.L. & Tech. 1, 2, 33 (1998).

332 *Hamilton*, 7 C. L. Rev. & Tech. J. 23, 26 (2002).

333 *Kobak*, 64 Antitrust L.J. 341, 360 ff. (1996).

334 Intel Corp., FTC Dkt. No. 9288 (1998). Vgl. dazu schon die Ausführungen oben S. 65.

335 Gilbert/Tom, S. 25.

336 Gilbert/Tom, S. 46.

Missbrauchsfällen notwendig, um den (Rest-)Wettbewerb auf den betroffenen Märkten weiterhin bestreitbar zu halten.

# 5 Fusionen, Kartelle und Kooperationen

Die Internetökonomie zeichnet sich bisher durch weitgehend internes Wachstum der Unternehmen aus. Daher hat es beiderseits des Atlantiks bisher nur wenige behördliche oder gerichtliche Fusionskontrollentscheidungen für die Internetökonomie gegeben. Daneben fehlt aufgrund der Tendenz zur Monopolisierung und schnellem Erreichen von unilateraler Marktbeherrschung in der dynamischen Internetökonomie ein breiteres Anwendungsfeld zur Kartellbildung und Kooperation. Dennoch beeinflussen Fusionen, Kartelle und Kooperationen die Wettbewerbsbedingungen in der Internetökonomie.

## 5.1 Elektronische Marktplätze

Bereits in der Frühphase der kommerziellen Internetnutzung haben sich eine Vielzahl von elektronischen Marktplätzen als Zusammenschlüsse oder Kooperationen von Unternehmen herausgebildet. Diese Zusammenschlüsse – B2B-Plattformen genannt – brachten vor allem Wettbewerber der gleichen Marktstufe zusammen (horizontale B2B-Plattformen). Ein elektronischer Marktplatz stellt einen virtuellen Marktraum innerhalb eines übergeordneten Marktplatzes dar, in dem Geschäftstransaktionen durchgeführt werden.[337]

Unter elektronischen Marktplätzen vertikaler Ausrichtung werden Handelsplattformen verstanden, die die gesamte Wertschöpfungskette einer zumeist geschlossenen Nutzergruppe abdecken und spezifische Handelslösungen für die jeweilige Branche anbieten.[338] Aufgrund der sektorspezifischen Ausrichtung können auf solchen Marktplätzen vertiefte und umfangreichere Services angeboten werden, welche sich an den individuellen Bedürfnissen der jeweiligen Branche ausrichten und die speziellen Probleme lösen sollen. Horizontale Marktplätze hingegen sind nicht zwingend auf eine bestimmte Nutzergruppe zugeschnitten, sondern häufig branchenübergreifend angelegt.[339] Hierunter versteht man Handelsplattformen, die sich auf einen bestimmten Teil der Wertschöpfungskette einer offenen Nutzergruppe konzentrieren und somit branchenübergreifende Handelslösungen anbieten können.[340] Sie weisen eine geringe Industriespezialisierung auf und dienen primär dem Handel indirekter Güter und häufig auch geringwertiger Produkte: Indirekte Güter, auch nicht strategische Güter

---

[337] *Kollmann*, S. 131; *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 553.

[338] Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 66; Ruff, S. 19.

[339] *Gassner*, MMR 2001, 141.

[340] *Ruff*, S. 20.

genannt, gehen nicht in die Produktion ein, sondern sind vielmehr zur Aufrechterhaltung des Produktions- und Verwaltungsprozesses nötig (z.B. Büromaterialien).

Beim Zugang zu Marktplätzen lassen sich zwei Grundmodelle unterscheiden: die geschlossenen und die offenen Marktplätze. Bei letzteren steht der virtuelle Handelsraum grundsätzlich jedem Nachfrager und Anbieter zu. Horizontale Marktplätze sind typischerweise offen. Geschlossene elektronische Marktplätze enthalten hingegen strenge Beschränkungen für den Marktzutritt oder gelegentlich auch für den Marktaustritt.[341] Aufgrund dessen sind sie charakteristisch für vertikale Marktplätze.

Auf der einen Seite eröffnen elektronische B2B-Plattformen die Möglichkeit zu erheblichen Kosteneinsparungen und Effizienzgewinnen sowie zu einer Intensivierung des Wettbewerbs.[342] Durch die elektronische und größtenteils automatisierte Kommunikation zwischen den Unternehmen werden Zeit und Verwaltungskosten eingespart. Der passende Anbieter bzw. Nachfrager kann schneller gefunden werden, die notwendigen Informationen sind sofort abrufbar. Der Nachfrager oder Anbieter erhält die Möglichkeit zum Vergleich zwischen verschiedenen Wettbewerbern und kann bequem den kostengünstigsten Anbieter bzw. den meistbietenden Nachfrager auswählen. Hierdurch wird der Wettbewerb intensiviert. Die Zahlung kann elektronisch und automatisiert erfolgen. Ferner schaffen die elektronischen Plattformen umfangreiche Möglichkeiten für die Kontaktaufnahme sowie für die Umsetzung von Kooperationen zwischen einzelnen Marktteilnehmern. Durch den Einsatz der Servicewerkzeuge des Internet-Marktplatzes können nicht nur Lieferketten effizienter gestaltet, sondern ganze Produktionsabläufe über die einzelnen Stadien hinweg koordiniert werden.

Auf der anderen Seite birgt die Kontaktaufnahme über elektronische B2B-Plattformen erhebliches Potenzial zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs.[343] Die erleichterte Kontaktaufnahme und der schnelle und günstige Datenaustausch könnten Preisabsprachen, Beschränkungen der Produktionsmengen, die Aufteilung von Absatzmärkten sowie die Bündelung von Nachfragemacht begünstigen. Ohnehin steht das Einstellen sensibler

---

[341] *Kollmann*, S. 126.

[342] Zu den Chancen von B2B-Plattformen s. Federal Trade Comission, Entering the 21st Century, Competition Policy in the World of B2B-Marketplaces, S. 3 f., abrufbar unter http://www.ftc.gov/os/2000/10/b2breport.pdf; *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 553 f.; *Gassner*, MMR 2001, 140.

[343] Hierzu ausführlich *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 553 f.

Informationen wie Preislisten, Vorratsmengen oder Produktionskapazitäten ins Internet im Spannungsverhältnis zum kartellrechtlichen Gebot des Geheimwettbewerbs.[344] Ferner besteht die Gefahr, dass populäre Plattformen gegenüber bestimmten Wettbewerbern abgeschottet werden.

### 5.1.1 Elektronische B2B-Plattformen im europäischen und deutschen Recht

Der Betrieb von oder die Teilnahme an elektronischen B2B-Handelsplattformen kann im europäischen und deutschen Kartellrecht unter verschiedenen Aspekten Probleme aufwerfen.

#### 5.1.1.1 Gründung und Zusammenschluss von B2B-Plattformen

Die Gründung eines elektronischen Marktplatzes und der Zusammenschluss bestehender elektronischer Marktplätze unterliegen unter bestimmten Voraussetzungen der Fusionskontrolle auf EU-Ebene durch die FKVO. Tatsächlich beruhten die meisten kartellrechtlichen Entscheidungen der Kommission auf einer Analyse nach der FKVO.[345] Das für die Anwendbarkeit der FKVO maßgebliche Erfordernis eines Zusammenschlusses mit gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 1 Abs. 1 FKVO) ist bei der Fusion bestehender elektronischer Marktplätze unproblematisch zu bejahen. Die Neugründung eines B2B-Marktplatzes fällt in der Regel ebenfalls unter den Begriff des Zusammenschlusses, und zwar als „Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt“, Art. 3 Abs. 4 FKVO.[346] Ob eine gemeinschaftsweite Bedeutung vorliegt, hängt gemäß Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO von der Überschreitung bestimmter Umsatzschwellen ab.

Sofern die Gründung eines oder der Zusammenschluss mehrerer B2B-Marktplätze einen Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung darstellt, wird die Handlung gemäß Art. 2 FKVO auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt geprüft. Zu beachten ist ferner, dass gemäß Art. 2 Abs. 4 FKVO parallel zur Fusionskontrolle die Gründung einer B2B-Plattform am Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG gemessen werden kann. Die nachfolgenden Absätze, die mit Art. 81 Abs. 1 EG kollidierende Verhaltensweisen betreffen,

---

[344] Siehe dazu gesondert unten S. 89 ff.

[345] *Lochen*, S. 61.

[346] Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 203 ff.; Lochen, S. 63 f.

könnten also bei der Gründung einer B2B-Plattform oder der Vereinigung bestehender Plattformen inzident zu prüfen sein.

Soweit die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses fehlt, ist nationales Kartellrecht der Mitgliedsstaaten zur Bewertung der Zulässigkeit heranzuziehen. So sind B2B-Plattformen mit rein deutschlandweiter Auswirkung unter den Zusammenschlussregeln des GWB (§§ 35 ff. GWB) und dem Kartellverbot (§ 1 GWB) zu prüfen. Da sich inhaltlich keine wesentliche Abweichung zur europarechtlichen Bewertung der B2B-Plattformen ergibt, wird in der folgenden Darstellung lediglich das europäische Recht berücksichtigt.

#### 5.1.1.2 Absprachen und Informationsaustausch

Sofern ein B2B-Marktplatz als Kommunikationskanal dazu benutzt wird, klassische Kartellvereinbarungen wie Preisabsprachen oder Marktaufteilungen zu treffen, liegt in diesem Verhalten ohne Weiteres ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG.[347] Abseits dieser offensichtlichen Kartellrechtsverstöße könnte schon das Einstellen von sensiblen Informationen wie Preislisten, Vorratsmengen oder Produktionskapazitäten ins Internet mit dem Gebot des Geheimwettbewerbs[348] und dem Selbstständigkeitspostulat[349] in Konflikt geraten.

Die Bedenken im Bereich der B2B-Plattformen beziehen sich auf die Möglichkeit für Nutzer der Plattform, vertrauliche Informationen über Preise und Mengen auszutauschen oder in Erfahrung zu bringen. Diese Gefahr ist bei horizontalen Plattformen wegen der Branchenidentität der Nutzer offensichtlich. Bei vertikalen Plattformen begegnen sich Anbieter und Abnehmer. Aufgrund des Aufbaus des Systems und insbesondere der Offenheit, mit der die individuellen Daten anderer Teilnehmer behandelt werden, ist problematisch, dass durch die neue Qualität der Datenverarbeitung ein Ungleichgewicht zwischen den Marktteilnehmern entstehen kann. Dadurch können Teilnehmer von B2B-Marktplätzen den Markt besser einschätzen und zu ihren Gunsten steuern. Die Informationstransparenz von B2B-Plattformen unterfällt dem Kartellverbot, wenn eine Beeinträchtigung des von Art. 81

---

[347] *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 556. Vgl. *Emmerich*, § 5, Rn. 5, 10 ff.; *Wägenbaur* in: Loewenheim/ Meessen/Riesenkampff, Bd. I, Art. 81 EG, Rn. 204 ff., 288 ff.

[348] S. zu diesem Problem in der Internetökonomie allgemein unten S. 89 ff.

[349] EuGH Slg. 1975, 1663, 1965 – Suiker Unie.

EG geschützten Geheimwettbewerb gegeben ist.[350] Prinzipiell sind diese Probleme dem Kartellrecht insbesondere durch die Marktinformationssysteme schon lange vertraut. Die Effekte dieser Marktinformationssysteme werden durch den Einsatz neuer Kommunikationstechnologien – wie das Internet – jedoch verstärkt. So kann der standardisierte Informationsaustausch über das Internet einerseits zu einer Erweiterung der räumlichen Märkte und damit zu einer Erhöhung der Wettbewerbsintensität führen, andererseits Kollusionspraktiken der Marktteilnehmer erleichtern.

Grundsätzlich besteht bei B2B-Plattformen die kartellrechtliche Gefahr, dass die technischen Tools Informationsasymmetrien erlauben, die den Gründern der Plattform (evtl. auch Stammkunden) Einblick in vertrauliche Informationen (z. B. Gebote) gewähren. Bereits der Verdacht, dass die Gründerunternehmen Einblick in die Kostenstruktur der Zulieferer bekommen, übt auf diese einen starken Preisdruck aus, so dass es im Ergebnis doch zu einer Bündelung von Marktmacht kommt.[351]

Der Geheimwettbewerb ist allerdings durch den Daten- und Informationsaustausch über Internet-Marktplätze nicht per se als gefährdet anzusehen. Eine solche Annahme würde verkennen, dass B2B-Marktplätze zu einer Stärkung des Wettbewerbs und des grenzüberschreitenden Handels beitragen können, wenn zum Beispiel Marktzutrittsschranken sehr niedrig oder gar nicht vorhanden sind und die Markttransparenz für einen verbesserten Zugang zur Marktgegenseite sorgt. Ob eine derartige Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs bei B2B-Plattformen im Internet eintritt, hängt von der Beschaffenheit des konkreten Marktes und somit vom Einzelfall ab.[352] Bei der Beurteilung der möglichen Folgen des Informationsaustausches für den Wettbewerb sind folgende Faktoren zu berücksichtigen: Qualität und Ausmaß der preisgegebenen Informationen, Aktualität der ausgetauschten Informationen, Häufigkeit des Informationsaustausches, Zugänglichkeit der Informationen für weitere Unternehmen und Verwertbarkeit der Informationen für andere Marktteilnehmer. Bei B2B-Plattformen lässt sich die Gefahr eines Kartellverstoßes durch einen beschränkten Zugang derselben eindämmen. Neben einer derartigen

---

[350] *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81, Rn. 187; *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1, Rn. 392; *Gassner*, MMR 2001, 140, 142; *Asschenfeldt*, MMR Beilage 9/2001, 5, 6; *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 243.

[351] BKartA, B. vom 25.9.2000, B5-34100-U40/00 – Covisint, Abschnitt C II 1.

[352] *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81, Rn. 188; EuGH Slg. 1998, II 1048 ff.; *Emmerich*, § 20, Rn. 64 ff.

Zugangsbeschränkung bestehen weitere Möglichkeiten, den Informationsaustausch auf der B2B-Plattform kartellrechtsfest zu machen. So können entweder die Informationen selbst durch Identifizierungstechniken verschlüsselt oder anonymisiert werden oder die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen zur Geheimhaltung verpflichtet. Somit kann im Bereich von B2B-Plattformen ein kartellrechtlicher Verstoß immer dann vermieden werden, wenn der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Informationen nicht allen Konkurrenten ermöglicht werden.

#### 5.1.1.3 Bündelung von Angebots- oder Nachfragemacht

Über B2B-Plattformen im Internet können räumlich weit verstreute Unternehmen sehr viel leichter potentielle Partner für Einkaufs- oder Verkaufsgemeinschaften finden. Mit dieser Möglichkeit geht die Gefahr einher, dass sich Einkaufs- oder Verkaufskooperationen bilden, die einen unangemessenen wirtschaftlichen Druck ausüben oder zu wettbewerbswidrigen Zwecken gebildet werden. Die über B2B-Marktplätze entstehenden Nachfrage- oder Angebotsbündelungen könnten einerseits gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen gemäß Art. 81 Abs. 1 EG, andererseits gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 Abs. 1 EG verstoßen.

Eine Einkaufsgemeinschaft verstößt jedenfalls dann gegen das Kartellverbot aus Art. 81 Abs. 1 EG, wenn zwischen den Teilnehmern einer Einkaufsgemeinschaft ein Bezugszwang vereinbart wird.[353] Die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit der an der Vereinbarung Beteiligten wird insofern in wettbewerbsbeschränkender Weise beeinträchtigt. Sofern kein Bezugszwang vereinbart wird, misst die Kommission die Einkaufsgemeinschaften an einem ausdifferenzierten Beurteilungskonzept, dass sie in Rn. 115 ff. der Leitlinien der EG zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit[354] niedergelegt hat.[355] Gemäß Rn. 123 der Leitlinien kommt Art. 81 Abs. 1 EG erst gar nicht zur Anwendung, wenn die Parteien der Einkaufsvereinbarung in verschiedenen räumlichen Märkten tätig sind und nicht als realistische potentielle Wettbewerber angesehen werden können.

---

[353] *Lochen*, S. 121.

[354] S. o. Fn. 22.

[355] Dazu ausführlich *Lochen*, S. 122.

Sofern ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Beteiligten vorliegt, hängt die Vereinbarkeit der Nachfragebündelung vor allem von der Marktmacht der Beteiligten auf dem relevanten Nachfragemarkt ab. Gemäß Rn. 130 der Leitlinien ist bei einem gemeinsamen Marktanteil der Beteiligten von unter 15 % die Verletzung von Art. 81 Abs. 1 EG unwahrscheinlich, jedoch nicht ausgeschlossen. Beim Überschreiten dieses Schwellenwertes vermutet die Kommission, dass die Vereinbarung unter Art. 81 Abs. 1 EG fällt, so dass den Beteiligten in diesem Fall die Beweislast obliegt, dass die möglichen Vorteile der Nachfragebündelung den Wettbewerb in der Gesamtabwägung insgesamt mehr fördern als beschränken (Rn. 131 der Leitlinien).

In der Praxis haben die Gründungsunternehmen von B2B-Marktplätzen die möglichen Bedenken der Kommission gegen zu erwartende Einkaufskooperationen dadurch zerstreut, dass sie Gruppeneinkäufe von vornherein ausgeschlossen haben, so beispielsweise die Gründer der Marktplätze Covisint, Eutilia und Endorsia.[356] Sofern ein Kartellrechtsverstoß nach Art. 81 Abs. 1 EG bejaht werden muss, kommt eine Freistellung durch eine Gruppenfreistellungsverordnung oder durch eine Legalausnahme im Einzelfall gemäß Art. 81 Abs. 3 EG in Betracht.

Auch zur Vereinbarkeit von Verkaufsgemeinschaften mit Art. 81 Abs. 1 EG hat sich die Kommission in den bereits zitierten Leitlinien eingehend geäußert. Verkaufsgemeinschaften werden, ebenso wie Einkaufsgemeinschaften, nicht von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst, wenn die Beteiligten nicht im Wettbewerb miteinander stehen (Rn. 143 der Leitlinien). Dagegen ist ein Verstoß gegeben, wenn die Verkaufsgemeinschaft eine Preisfestsetzung und damit eine Beseitigung des Preiswettbewerbs bezweckt oder bewirkt (Rn. 144 der Leitlinien). Da jede Verkaufsgemeinschaft unter Wettbewerben die Preisfestsetzung zumindest bewirkt, verstoßen alle Verkaufsvereinbarungen unter Wettbewerbern gegen Art. 81 Abs. 1 EG.[357] Es ist allenfalls an eine Freistellung gemäß Art. 81 Abs. 3 EG zu denken.

Auch das BKartA wendet bei B2B-Plattformen dieselben Regeln wie für herkömmliche Einkaufsgemeinschaften an[358].

---

[356] *Lochen*, S. 123.

[357] *Lochen*, S. 124.

[358] BKartA, Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet; BT-Drs. 14/6300, S. 48.

#### 5.1.1.4 Zugangsbeschränkungen

Bislang hypothetisch, jedoch durchaus greifbar ist das Szenario, dass sich mitgliederstarke B2B-Marktplätze herausbilden, deren Betreiber daran interessiert sein könnten, Konkurrenten von der Plattform auszuschließen.[359] Diese Gefahr droht weniger bei neutralen Plattformen, also solchen, die sich vorwiegend durch Transaktionsgebühren finanzieren, jedoch mehr bei Plattformen, die von Unternehmen der Anbieter- oder Nachfragerseite gegründet wurden.[360] Denn anbieter- oder nachfragerbetriebene Plattformen sind häufig von dem Interesse geleitet, möglichst viele Unternehmen der Marktgegenseite als Handelspartner zu gewinnen, gleichzeitig aber die Konkurrenten der eigenen Marktseite auszuschließen.[361] Zugangsbeschränkungen könnten in einem gänzlichen Ausschluss von der Plattform, aber auch in faktischen Benachteiligungen durch die Zulassungsbedingungen wie einem eingeschränkten Zugriff, Mindestumsätzen oder nachrangiger Behandlung im Angebots- bzw. Nachfragesystem bestehen. Beschränkungen des Zugangs zu B2B-Plattformen können auf Ebene des EG-Rechts sowohl gegen das Kartellverbot aus Art. 81 Abs. 1 EG als auch gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 82 EG verstoßen.

Sofern mehrere der Unternehmen, die eine B2B-Plattform kontrollieren, vereinbaren, bestimmten Anbietern den Zugang zur Plattform zu verweigern bzw. den Zugang zu erschweren, könnte hierin eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i. S. v. Art. 81 Abs. 1 EG liegen.[362] Voraussetzung hierfür ist, dass der vereinbarte Ausschluss eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Der zwischenstaatliche Handel wird bei der Verwendung von B2B-Plattformen, die ja gerade die räumlichen Barrieren aufheben, in der Regel betroffen sein. Möglicherweise kann der Verstoß allerdings mangels Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels verneint werden. Dabei sind die „Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“ und die „de minimis“-Bekanntmachung[363] zu berücksichtigen.

---

[359] *Lochen,* S. 141.

[360] *Kierner,* S. 145.

[361] *Kierner,* S. 145.

[362] *Lochen,* S. 143.

[363] S. o. Fn. 19 und Fn. 21.

Die Anwendung von diskriminierungsfreien und objektiven Zulassungskriterien verstößt noch nicht gegen Art. 81 Abs. 1 EG.[364] Sofern der Zugang nur zu schlechteren Bedingungen gewährt wird, ist – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – dagegen die Fallgruppe aus Art. 81 Abs. 1 lit. d EG einschlägig.

Bei einer Vereinbarung zwischen mehreren Unternehmen, ein anderes Unternehmen nicht oder nur zu schlechteren Bedingungen zur jeweiligen B2B-Plattform zuzulassen, ist daneben an eine Verletzung von Art. 82 EG zu denken. Erforderlich wäre dann eine marktbeherrschende Stellung der Beteiligten. Insbesondere die Fallgruppe aus Art. 82 S. 2 lit. c könnte einschlägig sein. Anders als bei Art. 81 Abs. 1 EG, ist für die Verletzung von Art. 82 EG keine Mehrheit von Unternehmen, die eine Vereinbarung treffen, erforderlich. Art. 82 EG ist aber – anders als Art. 81 Abs. 1 EG – auch dann anwendbar, wenn das wettbewerbsbeschränkende Verhalten, also die Zugangsverweigerung oder -erschwerung, von einem einzelnen Unternehmen ausgeht. Voraussetzung ist wiederum, dass jenes Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.

### 5.1.2 Elektronische B2B-Plattformen im US-amerikanischen Recht

Die Auswirkungen von B2B-Plattformen auf den Wettbewerb sind auch dem US-amerikanischem Kartellrecht nicht fremd. Wie im europäischen Recht stellt sich die Frage, ob die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von B2B-Plattformen anhand vorhandener Rechtsstrukturen beurteilt werden kann.

#### 5.1.2.1 Gründung und Zusammenschluss von B2B-Plattformen

Im amerikanischen Recht sind die Gründung einer B2B-Plattform sowie der Zusammenschluss bestehender Plattformen zuvorderst an den Vorschriften zur Fusionskontrolle zu messen. Instrument der US-amerikanischen Fusionskontrolle sind die Sec. 7 und 7A Clayton Act. Die Gründung von B2B-Marktplätzen oder der Zusammenschluss bestehender Marktplätze können vertikale oder konglomerate Fusionen darstellen, sind aber in der Regel horizontale Fusionen oder Joint Ventures. Beispielsweise wurden die Gründungen der elektronischen Marktplätze *Covisint* und *Orbitz* als Joint Ventures untersucht.[365] Ähnlich

---

[364] Kommission vom 31.7.2001 – COMP/37.462 – Identrus, Rn. 46.

[365] Federal Trade Commission, Mitteilung vom 11.9.2000, FTC Dkt. No. 001 0127 (2000), abrufbar unter http://www.ftc.gov/opa/2000/09/covisint; U.S. Department of Justice, Pressebekanntmachung vom

wie die europäische und deutsche Fusionskontrolle haben auch die US-amerikanischen Behörden angesichts der noch unklaren Entwicklung elektronischer Marktplätze die Gründung dieser B2B-Plattformen freigegeben.

Neben der Analyse der Marktkonzentration berücksichtigen die US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden und -gerichte dabei Faktoren wie Marktzutrittschancen und Effizienzgewinne.[366] Letztere sind bei elektronischen Marktplätzen häufig von großem Gewicht und wirken sich somit positiv auf die Beurteilung ihrer Freigabe aus.

Fraglich ist, inwieweit Einkaufsgemeinschaften im Rahmen von B2B-Plattformen einer kartellrechtlichen Sonderbehandlung bei der Zusammenschlussfreigabe unter US-amerikanischem Recht bedürfen. Die US-amerikanischen Behörden gehen nicht per se davon aus, dass aufgrund des technischen Fortschritts von B2B-Plattformen die Einkaufsbündelung gegenüber Offline-Kooperationen noch verstärkt wird. Ein Bericht der FTC über elektronische Marktplätze weist darauf hin, dass die negativen Wirkungen der Nachfragebündelung durch erleichterten Marktzutritt und die dadurch erhöhte Wettbewerbsintensität sogar gemildert werden könnten[367].

#### 5.1.2.2 Absprachen und Informationsaustausch

Absprachen und Informationsaustausch im Rahmen der Gründung und des Betriebs von B2B-Plattformen sind auch im US-amerikanischen Kartellrecht an dem Maßstab des Kartellverbots (Sec. 1 Sherman Act) zu messen. Kernbeschränkungen wie Preisabsprachen, die mithilfe von B2B-Plattformen getroffen werden, sind per se unzulässig gemäß Sec. 1 Sherman Act. Da offensichtliche Absprachen über B2B-Plattformen allerdings die Ausnahme sind, unterliegt das Handeln in Bezug auf die Plattformen in aller Regel der *rule of reason*.[368] Die Gesamtabwägung unter der *rule of reason* dürfte ähnlichen Regeln folgen wie die Prüfung der Legalausnahme im europäischen Recht nach Art. 81 Abs. 3 EG,[369] so dass sich im Großen

31.7.2003, abrufbar unter http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2003/201208.pdf. S. dazu auch *Lochen*, S. 80.

366 *Lochen*, S. 83.

367 Federal Trade Commission, Report October 2000: Entering the 21st Century: Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces (Electronic Marketplaces), abrufbar unter: http://www.ftc.gov/os/2000/10/ b2breport.pdf, Part 3 A.2, S. 15.

368 *Bell/Adkinson*, 15 Antitrust ABA 18, 19 (2000); *Lochen*, S. 95.

369 *Lochen*, S. 96.

und Ganzen vergleichbare Ergebnisse im Hinblick auf die Bewertung von Informationsaustausch und Absprachen über B2B-Plattformen ergeben werden.

Wie im europäischen Recht ist auch im US-amerikanischen Recht grundsätzlich der wettbewerbsfördernde Effekt eines effektiven Informationsaustausches anerkannt und in der Gesamtabwägung positiv zu gewichten.[370] Ebenso bestehen aber Besorgnisse über die mögliche Aufhebung des (zumindest im Kern) erwünschten Geheimwettbewerbs.[371] Ein Report der FTC von 2000 gibt fünf Schlüsselfaktoren an die Hand, nach welchen der Informationsaustausch auf elektronischen Marktplätzen beurteilt werden kann.[372] Hiernach sind neben dem zugrunde liegenden Produktmarkt, den am Informationsaustausch beteiligten Personen, der Art und dem Alter der Informationen auch die Möglichkeiten der Verbreitung entscheidend, die dem Unternehmen außerhalb elektronischer Marktplätze zur Verfügung stehen.

Im Ergebnis dürfte sich somit eine unvernünftige Einschränkung des Handels unter der *rule of reason* durch eben jene Maßnahmen vermeiden lassen, die auch im europäischen Recht die kartellrechtliche Unbedenklichkeit des Informationsaustausches über B2B-Plattformen begründen: vertragliche Einschränkungen des Kreises derjenigen, die Zugang zu den Informationen haben, Geheimhaltungsverträge sowie technische Barrieren wie Passwörter, Verschlüsselungen und Firewalls.[373]

#### 5.1.2.3 Bündelung von Angebots- oder Nachfragemacht

Die Bündelung von Nachfragemacht ist kein *per se*-Verstoß gegen das Kartellverbot aus Sec. 1 Sherman Act und ist somit unter der *rule of reason* einer Gesamtabwägung zu unterwerfen. Grundsätzlich wird Einkaufskooperationen auch im US-Kartellrecht ein wettbewerbsbestärkender Effekt zugeschrieben,[374] wobei sich jedoch ihr Nutzen dann in eine Schädigung des Wettbewerbs umkehrt, wenn sog. Monopsome (*monopsonies*), also

---

[370] Federal Trade Commission, Electronic Marketplaces (S. o. Fn. 367), Part 3 A.1.a., S. 3.

[371] Federal Trade Commission, Electronic Marketplaces (S. o. Fn. 367), Part 3 A.1.a., S. 3.

[372] Federal Trade Commission, Electronic Marketplaces (S. o. Fn. 367), Part 3 A.1.a., S. 7.

[373] Federal Trade Commission, Electronic Marketplaces (S. o. Fn. 367), Part 3 A.1.a., S. 11 f.; *Lochen*, S. 117 f.

[374] *Bell/Adkinson*, 15 Antitrust ABA 18, 21 (2000); *Levine/Greene*, 15 Antitrust ABA 26, 29 (2000).

Nachfragekartelle entstehen.[375] Von einem solchen ist dann zu sprechen, wenn die kooperierenden Käufer durch ihre Nachfragemacht eine Preissenkung der Verkäuferseite unter das Wettbewerbsniveau erzwingen können.[376] Die *Competitor Collaboration Guidelines* der FTC und des DoJ gehen von davon aus, dass eine Einkaufskooperation dann kartellrechtlich relevant wird, wenn sie 20 % des Nachfragemarktes ausmacht (sofern nicht schon eine *per se*-Beschränkung vorliegt).[377] Dieser Schwellenwert wird auf Nachfragemärkten für indirekte Güter (nicht-spezifische Versorgungsmaterialien wie z. B. Büromaterial) selten erreicht werden.[378] Auf Nachfragemärkten für Güter mit direkter Bedeutung für den Produktionsprozess mit hohem Spezialisierungsgrad kommt die Überschreitung aber durchaus in Betracht.[379] Bei Überschreiten der Grenzwerte ist die mögliche Wettbewerbsbeschränkung mit den Effizienzgewinnen der Nachfragebündelung abzuwägen. Diese Grundsätze zu Einkaufskooperationen gelten auch für B2B-Marktplätze.

Auch Verkaufskooperationen im Rahmen von B2B-Marktplätzen unterliegen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unter der *rule of reason*,[380] werden allerdings durchweg kritischer beurteilt.[381] Maßgebliches Kriterium der Beurteilung ist die Frage, ob die spezielle Ware oder Dienstleistung ausschließlich, also exklusiv in der Verkaufsgemeinschaft, oder auch auf alternativen Wegen vertrieben wird.[382] Bei einem exklusiven Verkauf nur in der Verkaufsgemeinschaft wird der Wettbewerb zwischen den Verkäufern praktisch ausgeschaltet; aus diesem Grunde zieht eine exklusive Verkaufsgemeinschaft zwingend eine negative Beurteilung unter der *rule of reason* nach sich.[383]

---

375 Federal Trade Commission, Electronic Marketplaces (S. o. Fn. 367), Part 3 A.2, S. 13 f.

376 Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co., 334 U.S. 219 (1948).

377 U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, Competitor Collaboration Guidelines, Tz. 4.2, abrufbar unter http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf.

378 *Levine/Greene*, 15 Antitrust ABA 26, 29 (2000).

379 Federal Trade Commission, Electronic Marketplaces (S. o. Fn. 367), Part 3 A.2., S. 14.

380 Broadcast Music, Inc. v. CBS, 441 U.S. 1, 18-22 (1979); *Lochen*, S. 138.

381 *Horton/Schmitz*, 47 Wayne L. Rev. 1231, 1268 (2001).

382 *Lochen*, S. 139.

383 Ohio-Sealy Mattress Mfr. Co. v. Sealy, 585 F. 2d 821, 838 (7th Cir. 1978); U.S. v. American Smelting & Ref. Co. (ASARCO), 182 F. Supp. 834 (S.D.N.Y. 1960).

#### 5.1.2.4 Zugangsbeschränkungen

Die Verweigerung des Zugangs zu einer B2B-Plattform, die unter mehreren Unternehmen gegenüber Wettbewerbern vereinbart wird, kann gegen das Kartellverbot aus Sec. 1 Sherman Act verstoßen.[384] Da an einem Kartell nach dieser Vorschrift stets mehrere Unternehmen beteiligt sein müssen,[385] kommt ein Verstoß gegen Sec. 1 dann nicht in Betracht, wenn lediglich ein Unternehmen die Kontrolle über die Zulassung zur Plattform ausübt und andere Unternehmen ausschließt. In diesen Fällen kann allenfalls Sec. 2 Sherman Act eingreifen, der die Monopolisierung von Märkten verbietet und, so wie das Verbot des Machtmissbrauchs aus Art. 82 EG, auch und vor allem auf allein Handelnde anzuwenden ist.

Sofern der Ausschluss eines Wettbewerbers von einer B2B-Plattform von mehreren Unternehmen vereinbart wird, ist zu fragen, ob hierin ein *per se*-Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act liegt. Dies ist der Fall, wenn der Ausschluss als Gruppenboykott (*group boycott* oder *concerted refusal to deal*) zu werten ist, wenn also entsprechende Marktmacht der Boykotteure vorliegt oder die B2B-Plattform als für den Wettbewerb wesentliche Einrichtung zu betrachten ist.[386] Sofern ein *per se*-Verstoß verneint wird, ist wiederum die *rule of reason* anzuwenden. Nach US-amerikanischer Rechtsprechung ist die Vereinbarung des Ausschlusses eines Mitbewerbers von einer Einrichtung nicht schon dadurch ein Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act, dass dem Ausgeschlossenen dadurch Nachteile erwachsen.[387] Vielmehr muss der Ausschluss den Wettbewerb beschränken,[388] also vor allem denjenigen auf einem nachgelagerten Markt.[389]

Für die Beurteilung der Vereinbarung über die Verweigerung des Zugangs eines Mitbewerbers zu einer B2B-Plattform erachtet die FTC folgende Fragen für maßgeblich:[390]

- Ist der elektronische Marktplatz der einzige Ort, an dem das jeweilige Produkt zu adäquaten Preisen bezogen bzw. verkauft werden kann?

---

[384] Federal Trade Commission, Electronic Marketplaces (S. o. Fn. 367), Part 3 A.3, S. 16 ff.

[385] U.S. v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919).

[386] *Lochen*, S. 145.

[387] Lie v. St Joseph Hospital, 964 F. 2d 567, 570 (6th Cir. 1992).

[388] U.S. v. Terminal Railroad Ass'n, 224 U.S. 383 (1921).

[389] Federal Trade Commission, Electronic Marketplaces (S. o. Fn. 367), Part 3 A.3, S. 19 f.

[390] Federal Trade Commission, Electronic Marketplaces (S. o. Fn. 367), Part 3 A.3, S. 20 ff. Dazu auch *Lochen*, S. 145.

- Können die abgewiesenen Mitbewerber durch den Eintritt in andere Marktplätze oder durch andere Strategien ihre Kosten senken?
- Schaffen sich die Teilnehmer der Plattform durch die Zugangsverweigerung die Möglichkeit, unverhältnismäßige Preise zu schaffen oder zu halten?
- Hat die Zugangsverweigerung wettbewerbsfördernde Effekte?

### 5.1.3 Fazit

Die Beurteilung der Tätigkeiten in Bezug auf die B2B-Marktplätze verläuft weitgehend spiegelbildlich im europäischen und US-amerikanischen Recht.

Die Gründung oder die Fusion von Marktplätzen unterfällt in Europa der FKVO und wird durch neuen SIEC-Test beurteilt, der allerdings letztlich die Marktbeherrschung als wichtigstes Prüfungskriterium beibehält. Im amerikanischen Recht führt die Messung der Marktkonzentration durch den HHI ebenfalls zu einer Überprüfung, die primär an der Marktmacht ausgerichtet ist. Einkaufskooperationen in B2B-Marktplätzen sind in beiden Rechtsordnungen grundsätzlich erlaubt, solange bestimmte Anteile auf dem Nachfragemarkt nicht überschritten werden (Leitwerte: 15 % in der EG, 20 % in den USA). Verkaufskooperationen werden hier wie dort strenger beurteilt und sind nur ausnahmsweise zulässig. Weiterhin wurde sowohl in Europa als auch in den USA erkannt, dass der Informationsaustausch über B2B-Plattformen sowohl starke wettbewerbsfördernde als auch wettbewerbsbeschränkende Effekte haben kann. Für die Feststellung eines Verstoßes gegen das Kartellverbot ist somit in beiden Rechtsordnungen eine sorgfältige Abwägung der Vor- und Nachteile des konkreten Austausches vorzunehmen: im amerikanischen Recht nach der *rule of resaon,* im europäischen Recht bei der Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung durch die mögliche Verletzung des Geheimwettbewerbs. In beiden Rechtsordnungen können die Bedenken hinsichtlich des Informationsaustausches durch rechtliche oder technische Maßnahmen seitens der Betreiber der B2B-Marktplätze ausgeräumt werden (Geheimhaltungsverträge, Passwortschutz etc.).

Die weitgehend gleiche Behandlung der B2B-Plattformen diesseits und jenseits des Atlantiks ist zu begrüßen, da die global ausgerichteten Plattformen Ländergrenzen überwinden. Eine grundsätzlich unterschiedliche kartellrechtliche Beurteilung der Plattformen in einzelnen Staaten wäre somit unsachgemäß. Das Bemühen um Harmonisierung lässt sich daran ablesen, dass das BKartA während der Beurteilung des Marktplatzes *Covisint* in Kontakt zur Federal

Trade Commission gestanden hat, welche den gleichen Marktplatz wenige Monate vorher für kartellrechtlich unbedenklich erklärt hatte.[391]

## 5.2 Geheimwettbewerb in der vernetzten Welt

Eines der traditionellen Grundprinzipien des Kartellrechts ist der Schutz des Geheimwettbewerbs. Mit diesem Prinzip soll die Freiheit des Wettbewerbs im Interesse der Verbraucher und der Konkurrenten gewahrt werden. Das Internet stellt sich einerseits mit seiner globalen Verfügbarkeit für jedermann, der unbegrenzten inhaltlichen Erweiterbarkeit und Vernetzung als ideales Medium zur Herstellung der von Gesetzgeber und Verbraucherschützern gleichermaßen geforderten Transparenz von wirtschaftlichen Vorgängen, Unternehmenspolitik und beim Produktabsatz dar.[392] Als grenzenlos lässt sich insbesondere der über das Internet ermöglichte Informationsaustausch bezeichnen. Dies machen sich vor allem Unternehmen zunutze, indem sie die für die Verbraucher und Geschäftspartner interessanten Informationen in das Netz einstellen. Insbesondere kann der Einsatz des Internets die Preistransparenz fördern. Die Unternehmen bezwecken mit der Preisgabe bestimmter Informationen vor allem ein stärkeres Interesse der informierten Verbraucher an dem Unternehmen selber und damit einhergehend an den angebotenen Dienstleistungen und Produkten. Im Hinblick auf den Verbraucherschutz gestaltet sich diese immer stärker zunehmende Strategie als sehr willkommen, aufgrund der immer geringer werdenden Wissensdiskrepanzen sogar wünschenswert.

Das Problem durch die gestiegene Unternehmenstransparenz erwächst jedoch aus der Offenheit des Informationszugangs. Die Transparenz wirkt sich nicht nur positiv im Wege einer Verbesserung des Informationsstands der Nachfrager aus. Die Informationen stehen vielmehr auch den aktuellen und potentiellen Wettbewerbern offen. Damit hat die Förderung der Transparenz von Unternehmensinformationen erheblichen Einfluss auf die kartellrechtliche Beurteilung geschäftlichen Informationsaustausches. So entstehende Marktinformationssysteme sind bereits – allerdings in geringerer Intensität – aus dem Offline-

---

391 *Gassner*, MMR 2001, 140, 141.

392 Hierzu umfassend *Rünz*, S. 37 ff.; *Kemper*.

Bereich bekannt.[393] Bei Marktinformationssystemen handelt es sich um Verfahren organisierter Markttransparenz zwischen Konkurrenten.[394] Eine derartige Transparenz erleichtert wettbewerbsrelevantes Verhalten konkurrierender Unternehmen. Andere Marktteilnehmer können die erhöhte Transparenz nutzen, um durch den so erleichterten Informationsgewinn, auch ohne ausdrückliche Absprachen, ihr Marktverhalten zu koordinieren.

### 5.2.1 Der Geheimwettbewerb im deutschen und europäischem Recht

Die vereinbarte, beschlossene oder abgestimmte gemeinsame Beschaffung, Auswertung und Weitergabe marktrelevanter Informationen unter Wettbewerbern ist wettbewerblich ambivalent, da sie sowohl wettbewerbsfördernd wie -beschränkend wirken kann. Sowohl im deutschen als auch im europäischen Kartellrecht gilt grundsätzlich der Schutz des Geheimwettbewerbs.[395] Im deutschen Recht folgt dies aus § 1 GWB, auf europäischer Ebene aus Art. 81 EG. Da es sich bei Marktinformationssystemen in der Regel nicht um ausdrückliche Vereinbarungen im Sinne des Art. 81 EG handelt, kommt zumeist das Verbot der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen als Auffangtatbestand in Betracht.

Tritt koordiniertes Marktverhalten der Beteiligten an die Stelle des risikobehafteten Wettbewerbs und führt dies zu Marktbedingungen, die nicht den sich normalerweise aus dem Wettbewerb ergebenden Bedingungen auf dem jeweiligen Markt entsprechen, liegt eine Verletzung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG vor.[396] Um dies beurteilen zu können, ist auf den Inhalt der ausgetauschten Informationen, auf Marktstruktur und Marktkonzentration abzustellen. Hinsichtlich von Marktinformationssystemen im Offline-Bereich hat der EuGH festgestellt, dass keinesfalls Daten ausgetauscht werden dürfen, die auf das Wettbewerbsverhalten eines einzelnen Unternehmens schließen lassen.[397] Bei der Preisgabe von Informationen muss es

---

393 Hierzu umfassend *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar, Bd. II, Art. 81 Grundfragen, Rn. 164; *Bunte* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, § 1, Rn. 165 ff., nach § 2, Rn. 70 ff.; *Stockmann* in: Wiedemann, § 8, Rn. 237 ff.

394 Emmerich, § 20, Rn. 64; Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 244.

395 *Braun* in: Langen/Bunte, Bd. II, Art. 81 EG, Rn. 62 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 9, Rn. 36 ff.; *Bechtold*, § 1, Rn. 37; *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1, Rn. 392 ff.; BGH, NJW 1975, 788, 789 = WuW/E 1337 ff., 1342 = MDR 1975, 508 ff. = BGHZ 63, 389 – Aluminium-Halbzeug; BGH, NJW 1987, 1821 ff. = WuW/E 2313 ff., 2315 = MDR 1987, 471 – Baumarkt-Statistik; OLG Frankfurt, WuW/E 5048 ff., 5050.

396 EuGH Slg. 1975, 1663, Rn. 178 – Zuckerindustrie; EuGH Slg. 1999, I-4539, Rn. 162 – Montecatini; *Braun* in: Langen/Bunte, Bd. II, Art. 81 EG, Rn. 66.

397 EuGH Slg. 1998, S. I-3111 – John Deere.

sich um wettbewerbsrelevante Tatsachen handeln, damit eine Verletzung des Geheimwettbewerbs in Betracht kommt. Der Ambivalenz des Austauschs von marktrelevanten Informationen unter Wettbewerbern trägt die Rechtsprechung dadurch Rechnung, dass sie zwischen identifizierenden und nicht identifizierenden Verfahren unterscheidet. Erstere sind solche, bei denen Einzelgeschäfte durch Meldungen unter Benennung der Lieferanten oder Abnehmer offen gelegt werden.[398] Da sie dadurch zur Beschränkung des Geheimwettbewerbs geeignet sind, verstoßen sie gegen Art. 81 EG. Diese Bedenken greifen umso mehr, je aktueller und unmittelbarer die Informationen die jeweiligen Marktbeziehungen widerspiegeln. Nicht identifizierende Verfahren hingegen sind solche, bei denen ein Rückschluss auf Einzelgeschäfte trotz der Ermittlung und Auswertung preisbezogener Daten nicht möglich ist. Ein derartiger Informationsaustausch ist in der Regel kartellrechtlich unbedenklich.

Das Verbot von wettbewerbsrelevanten aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen findet dort seine Grenze, wo es sich lediglich um ein paralleles Verhalten ohne Elemente einer Abstimmung handelt.[399] Jedes Unternehmen ist von den Marktverhältnissen abhängig und muss seine Entscheidungen danach ausrichten, so dass eine reaktive Anpassung an das Verhalten der Wettbewerber unumgänglich ist. Ein wettbewerbsneutrales Parallelverhalten (oder gleichförmiges Verhalten) kommt insbesondere in oligopolistischen Marktstrukturen in Betracht. Der sog. oligopolistische Marktzwang (Reaktionsverbundenheit) kann ein Nachziehen bei Preissenkungen erklären.[400] Die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen einem wettbewerbsrelevanten Informationsaustausch in Form eines Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb und einem unschädlichem Parallelverhalten liegt in der Beweisfrage. Die Beweislast für eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Art. 81 EG trägt die Partei, die das Vorliegen behauptet; also die Kommission oder die nationale Behörde. Gerade wenn es an einer ausdrücklichen Vereinbarung fehlt, fällt dieser Beweis schwer. Hier hilft lediglich eine Indizwirkung von gegebenenfalls relevantem Parallelverhalten. Ein Parallelverhalten der Wettbewerber indiziert nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch nur dann eine

---

[398] *Braun* in Langen/Bunte, Bd. II, Art. 81 EG, Rn. 67; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 9, Rn. 43; *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1, Rn. 393; *Schroeder* in: Wiedemann, § 8, Rn. 241; *Bechtold*, § 1, Rn. 37.

[399] *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar, Bd. II, Art**.** 81 EG, Rn. 114; *Gippini-Fournier* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. I, Art. 81 EG, Rn. 95; *Bunte* in: Langen/Bunte, Bd. I, § 1, Rn. 59, 66 f.

[400] *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. II, Art. 81 EG, Rn. 142.

Verhaltensabstimmung, wenn es unter Berücksichtigung der Struktur und anderer Besonderheiten des betreffenden Marktes nicht mehr mit den normalen Marktbedingungen, etwa durch einen oligopolistischen Marktzwang, zu erklären ist.[401] Können die Beteiligten dartun, dass sich ihr Marktverhalten plausibel auch auf andere Gründe als eine Verhaltensabstimmung zurückführen lässt, so entfällt die Indizwirkung.

Außerhalb von B2B-Plattformen[402] ist eine Beschränkung des Zugangs zu Unternehmensinformationen für Konkurrenzunternehmen noch schwieriger. Insbesondere wenn Unternehmen ihre Informationen für den Verbraucher zugänglich machen, um so das Kundenverständnis und schließlich den Absatz zu fördern, ist es nahezu unmöglich, anderen Wettbewerbern diese Informationen vorzuenthalten. Eine Verschlüsselung kommt gerade nicht in Betracht, da Sinn und Zweck der Informationspräsentation ja deren Zugänglichkeit für potentielle und aktuelle Kunden bzw. Investoren ist. Vertragliche Vereinbarungen sind aufgrund der grenzenlosen Erreichbarkeit des Internets praktisch nicht umsetzbar und mit dem Sinn und Zweck der Informationstransparenz nicht vereinbar.

Es stellt sich somit die Frage, ob den Unternehmen die Offenbarung ihrer Unternehmens- und Preisinformation weiterhin freigestellt bleiben soll oder ob zum Schutz des Wettbewerbs eine Kontrolle bzw. Beschränkung der Veröffentlichung der Informationen vorzunehmen ist. Die Bekanntgabe etwaiger Informationen hat nicht lediglich verbraucherschützende Vorteile. Vielmehr schützt sich das Unternehmen durch die Veröffentlichung von Preislisten etc. auch selbst. Durch die Herausgabe von Preislisten stellt das Unternehmen gleichzeitig faktische Richtpreise für den einschlägigen Markt auf.[403] Dadurch wird der mit Risiken verbundene Wettbewerb gemindert und verhindert, dass die Abnehmer die Hersteller untereinander ausspielen können. Die traditionellen Grundsätze zu Marktinformationssystemen, die einen Austausch über Preise und Mengen nur in Gesamtsummen ohne Identifizierung einzelner Unternehmen und für historisch weit zurückliegende Zeiträume erlauben, sind für die Informationstransparenz in der Internetökonomie nur bedingt tauglich.

Die Kehrseite der Transparenz und Schnelligkeit des Internets ist die Flüchtigkeit und Unkontrollierbarkeit der Abläufe, so dass es den Kartellbehörden Schwierigkeiten bereitet,

---

[401] EuGH Slg. 1972, I-619, 658 – Imperial Chemical Industries; EuGH Slg. 1975, S. I-1663, 1993, 2035 – SuikerUnie.

[402] Siehe dazu umfassend oben S. 78 ff.

[403] *Krone*, S. 157.

einen unzulässigen Informationsaustausch nachzuweisen, da Transaktionen im Internet nur wenig Spuren hinterlassen. Den Unternehmen wird immer das Hintertürchen des Parallelverhaltens und des oligopolistischen Marktzwanges eröffnet bleiben. Wettbewerb im Oligopol ist ein "strategisches Spiel" von Aktion und Reaktion.[404] Andererseits sind jedoch die zahlreichen (auch verbraucherfreundlichen) Vorteile hinsichtlich des Informationsaustausches im Internet zu berücksichtigen. Neben den breiten Informationsmöglichkeiten kann die Transparenz dazu beitragen, dem Ideal eines vollkommenen Wettbewerbs näher zu kommen, da sämtliche marktrelevanten Informationen für alle Marktakteure zugänglich sind.[405] Dadurch erhöht sich zwangsläufig der Druck auf die Preise der miteinander konkurrierenden Marktteilnehmer.[406] Die Lösung des Problems hängt mithin von der Abwägung zwischen dem durch verstärkte Transparenz gestärktem Verbraucherschutz und dem Geheimhaltungsinteresse ab.

Im Hinblick auf dieses Verhältnis sehen einige gerade in der Weiträumigkeit des Internets einen eingeschränkten Anwendungsbereich für abgestimmte Verhaltensweisen und somit kartellrechtsrelevantes Verhalten. Die Aufhebung des Geheimwettbewerbs wirke in erster Linie dann wettbewerbsfeindlich, wenn der Marktgegenseite die Wettbewerbsbeschränkung verborgen bleibe. Das Internet mache es jedoch gerade möglich, dass alle Marktteilnehmer auf die Informationen Zugriff nehmen könnten und somit ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb eingeschränkt werde.[407] Eine solche Ansicht verkennt jedoch die Bedeutung des kartellrechtlichen Schutzes vor abgestimmten Verhaltensweisen und deren wettbewerbsschädliches Potential. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen wirkt nicht nur dann wettbewerbsfeindlich oder verbraucherfeindlich, wenn die Informationen sonst niemandem zugänglich sind. Es kommt vielmehr auf den Informationsaustausch und das abgestimmte Verhalten an sich und nicht auf die Anzahl derer an, denen die Informationen sonst noch offen liegen.

Ausschlaggebend bleibt mithin der Konflikt zwischen dem Wunsch nach Transparenz und der Pflicht zur Weitergabe von Informationen sowie dem Recht und der Pflicht zur

---

[404] BKartA, Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle, 2005, S. 40.

[405] *Gassner*, MMR 2001, 140, 142; *Jestaedt*, BB 2001, 581, 585; *Krone*, S. 163.

[406] *Sura* in: Gramlich/Kröger/Schreibauer, § 6, Rn. 54.

[407] *Jestaedt*, BB 2001, 581, 583.

Geheimhaltung. Ein ausgewogener Ausgleich der beiden sich gegenüberstehenden Interessen wird in der Praxis am Effizientesten herzustellen sein, wenn man auf die Art der Informationen abstellt. Solange es sich um nicht identifizierende Informationen handelt, so sollte dies im Sinne des Transparenzgebotes erlaubt und sogar willkommen sein. Differenzierter sollten jedoch Informationen über die aktuelle Geschäftspolitik sowie zeitnahe und für den Wettbewerb wesentliche Pläne und Verhaltensweisen gehandhabt werden. Mit der Verfügbarkeit nicht individualisierbarer statistischer Marktinformationen ist deshalb ein gangbarer Mittelweg gefunden, der wettbewerbsschädigende Verhaltensweisen nicht begünstigen, sondern sich wettbewerbsfördernd auswirken wird.[408]

In diesem Zusammenhang wirft nicht nur die Ubiquität, sondern auch die Aktualität des Internets Probleme auf. Die Gefahr von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen durch Informationsaustausch nimmt mit der Aktualität und Unmittelbarkeit der jeweiligen Informationen zu. Auch dieses Kriterium ist bei der Beurteilung des Informationsaustausches zu berücksichtigen. Der EuGH hat entschieden, dass in einem hochkonzentrierten oligopolistischen Markt der Austausch marktnaher Daten erst nach einem Jahr als zulässig erachtet werden kann.[409] Die Informationen auf Internetplattformen werden in der Regel von größerer Aktualität sein. Ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG liegt jedenfalls dann vor, wenn der Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen tatsächlich eine Koordinierung des Marktverhaltens herbeiführt oder wenn der Informationsaustausch zur Überprüfung kartellrechtswidriger Abreden eingesetzt wird.[410] Die Weitergabe historischer Informationen bleibt zulässig, weil die Marktteilnehmer ihr künftiges Verhalten nicht mehr danach ausrichten können. In den meisten Fällen wird die Abwägung der unterschiedlichen Interessen jedoch von der Marktstruktur und Marktkonzentration abhängen. Auf einem vom Wettbewerb geprägten Markt kann erhöhte Transparenz der Wettbewerbsparameter unter den Wirtschaftsteilnehmern geeignet sein, den Wettbewerb zu verstärken.[411] Es ist also nicht allen Unternehmen per se untersagt, aktuelle Preislisten auf ihrer Internetpräsenz zugänglich zu machen. Auf engen oligopolistischen Märkten hingegen kann erhöhte Transparenz den Wettbewerb wesentlich vermindern, da infolge der gestiegenen Transparenz die

---

[408] *Lochen*, S. 120.

[409] EuGH Slg. 1998, I-3111, Rn. 67, 89 ff. – John Deere.

[410] *Lochen*, S. 97; *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85, Rn. 26.

[411] *Braun* in Langen/Bunte, Bd. II, Art. 81 EG, Rn. 72.

Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten zunimmt und als Mittel zur Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Beteiligten genutzt werden kann.[412]

### 5.2.2 Der Geheimwettbewerb im US-amerikanischem Recht

Im US-amerikanischen Recht unterliegt der Informationsaustausch unter Wettbewerbern ebenfalls der kartellrechtlichen Kontrolle des Sec. 1 Sherman Act. Da diese gesetzliche Vorschrift gerade für den Informationsaustausch sehr weit gefasst ist, kommt es maßgeblich auf Beschränkungen durch die *rule of reason* an. Regelmäßig wird ein bloßer Informationsaustausch unter Wettbewerbern, einschließlich der Vereinbarung Informationen über Preise und preisnahe Tatsachen auszutauschen, unter keine der Kategorien des *per se approach* fallen. Somit hat die Abwägung nach der *rule of reason* zu erfolgen.

Als ein Beispiel für eine Bewertung eines Informationsaustausches unter der *rule of reason* ist der Fall *United States v. United States Gypsum Co.*[413] anzuführen: Hier wurde der Austausch von Preisinformationen zwischen verschiedenen Gipskartonbauplatten produzierenden Unternehmen als zulässig erachtet, wenn es für Kunden notwendig war, im Voraus über etwaige Änderungen der Preise informiert zu sein. Dagegen wurde im Fall *United States v. Citizens and Southern National Bank* ein Austausch oder eine Anzeige zukünftiger Preise als unzulässig erachtet, wenn er keinen oder kaum Kundenzwecken diente.[414]

Der bekannteste nach US-amerikanischem Recht entschiedene Fall in der Internetökonomie von wettbewerbsrechtlich unzulässigem elektronischem Informationsaustausch ist die Entscheidung *U.S. v. Airline Tariff Publishing*.[415] Die größte US-amerikanische Fluggesellschaft gründete eine elektronische Plattform zur Verwaltung eines Preismeldesystems. Hierüber wurden zukünftige Preise veröffentlicht und damit der Konkurrenz vorgeschlagen. Dadurch konnten andere Fluglinien gefahrlos nachziehen und ebenfalls die Preise erhöhen. Taten sie dies nicht, konnten die vorgeschlagenen Preise immer noch zurückgezogen werden. Diese Praxis wurde als besonders wettbewerbsschädlich angesehen.

---

[412] EuG Slg. 1994, II-957, Rn. 78 – John Deere; *Braun* in Langen/Bunte, Bd. II, Art. 81 EG, Rn. 72.

[413] U.S. v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422, 441 (1978). Vgl. dazu *Blechmann/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 39.

[414] U.S. v. Citizens and Southern National Bank, 422 U.S. 86, 113 (1975).

[415] U.S. v. Airline Tariff Publishing Co., 836 F. Supp. 9 (D.D.C. 1993). Vgl. dazu *Blechmann/Bernstein* in: Frankfurter Kommentar, Bd. VI, USA, Rn. 39.

Geschichte geschrieben hat auch der *NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation*, ein über drei Jahre andauernder Rechtsstreit zwischen den USA und Brokerhäusern der NASDAQ-Börse, der schließlich mit Zahlung einer Abfindungssumme von über 1 Billion US-Dollar beigelegt wurde.[416] Die beschuldigten Investmentbanken hatten ein System zur Absprache von Kursnotierungen entwickelt, dass es ihnen ermöglichte, den Preiswettbewerb mit anderen Anlegern zu verhindern. Infolge dessen sind die Transaktionskosten für die Investoren beim An- und Verkauf von Nasdaq-Aktien gestiegen.

Das US-amerikanische Kartellrecht weist keine besonderen Regelungen zum Geheimwettbewerb im Internet auf. Die bisherigen Entscheidungen beziehen sich auf den Offline-Bereich oder auf B2B-Plattformen. Hier gestaltet sich dieselbe Problematik wie im Europäischen Kartellrecht: Die Aufrechterhaltung des Geheimwettbewerbs kann auf B2B-Plattformen durch bilaterale Absprachen oder Zugangsbeschränkungen weitgehend sichergestellt werden. Außerhalb von B2B-Plattformen - in den Weiten des Internets – sind derartige Beschränkungsmöglichkeiten jedoch praktisch kaum realisierbar. Gleichzeitig wird ein Nachweis von Preisabsprachen schwieriger, da der Ausweg in ein wettbewerbsneutrales Parallelverhalten erweitert wird. Im Endeffekt kommt es somit auf die Abwägung von verbraucherschützenden Interessen und wettbewerbsschützende Interessen an. Auch im US-amerikanischen Kartellrecht wird diese Abwägung größtenteils anhand der Art der Informationen vorgenommen.[417] Das bedeutet, dass auf Aktualität, Inhalt und Sensibilität der Information an sich abgestellt wird.

### 5.2.3 Fazit

Die Schwierigkeiten für die Aufrechterhaltung des Geheimwettbewerbs im Internet lässt nur zwei Optionen wettbewerbsrechtlich praktikabel erscheinen: a) die vollständige Freigabe des elektronischen Informationsaustausches und der Unternehmenstransparenz unter Aufgabe des Geheimwettbewerbs oder b) das vollständige Verbot der Offenlegung von Unternehmensinformationen im Internet. Beide Extremlösungen dürften sich kaum umsetzen lassen und sind aus Gesichtspunkten des Verbrauscherschutzes weder nach europäischem

---

[416] In re NASDAQ Market Makers Antitrust Litig., 169 F.R.D. 493 (S.D.N.Y. 1996). Vgl. auch den Artikel in der *New York Times* vom 12.5.1999, abrufbar unter http://select.nytimes.com/gst/abstract.html?res=FA0C12FE385B0C718DDDAC0894D1494D81&n=Top%2fReference%2fTimes%20Topics%2fOrganizations%2fN%2fNasdaq%20Stock%20Market.

[417] Federal Trade Commission, Electronic Marketplaces (S. o. Fn. 367), Part 3, S. 7.

noch nach US-amerikanischem Recht wünschenswert. So wie der Schutz des Geheimwettbewerbs durch die Sicherstellung eines freien Preis- und Qualitätswettbewerbs zugunsten der Verbraucher und Nachfrager bewirkt, dient auch die Unternehmenstransparenz den Verbraucherinteressen. Erforderlich ist daher eine abgestufte Lösung, anhand der historische Fakten unproblematisch im Internet zur Verfügung gestellt werden dürfen, selbst wenn sie sowohl dem Verbraucher als auch dem Wettbewerber Rückschlüsse auf die aktuelle Stellung des Unternehmens erlauben. Verboten bleiben sollte die Offenlegung der Informationen, die direkt oder indirekt die aktuelle Preis- und Qualitätsbildung des Unternehmens beeinflussen. Dieses Verbot bezieht sich jedoch nicht auf die Preis- und Qualitätsangabe selbst.

Bei der Abwägung zwischen verbraucherschützenden Interessen und dem wettbewerbsschützenden Gebot des Geheimwettbewerbs sind neben Art der Information auch ökonomische Aspekte und insbesondere die konkrete Marktstruktur heranzuziehen. Anhand dieser Strukturen lässt sich das Risiko abgestimmter Verhaltensweisen zwischen Unternehmern besser einschätzen und ein kartellrechtlicher Verstoß besser feststellen. Im Kern ist eine einzelfallabhängige Beurteilung notwendig. Insofern ergeben sich keine Unterschiede zwischen den Kartellrechtssystemen.

# 6 Internetregulierung

## 6.1 Alternative Adressierungssysteme

Das System der Adressierung im Internet schien bisher in der breiten Öffentlichkeit als unveränderlich. In der Produktwerbung hat sich die Angabe von Domainnamen entsprechend dem DNS-Standard durchgesetzt. Nunmehr kündigt das niederländische Unternehmen UnifiedRoot[418] an, ein neuartiges Adressierungssystem für das Internet zu installieren. Dieses System soll eine Adressierung innerhalb des Internets durch Domain-Namen mit neuen, individuellen Top-Level-Domains (TLD) ermöglichen. Im Rahmen des alternativen Adressierungssystems von UnifiedRoot soll der identifizierende Teil des Domainnamens an Stelle der von der ICANN bestimmten generischen Top-Level-Domains (gTLD) sowie Country-Code-Top-Level-Domains (ccTLD) treten und eine weitergehende Unterstrukturierung einer Website auf der zweiten Ebene ermöglichen.

Das DNS der ICANN im engeren Sinne ist das Adressierungsschema, nach dem die numerischen IP-Adressen in Zeichenfolgen (sog. Domainnamen) umgesetzt werden. Dieses System erspart dem Endnutzer den Umgang mit der nur schwer zu merkenden Zahlenkette der IP-Nummer und ermöglicht eine Zuordnung anhand von leichter handhabbaren und der menschlichen Erinnerung besser zugänglichen Buchstabenkombinationen.[419] Da die Hauptaufgabe des DNS darin besteht, eine Koppelung zwischen den IP-Nummern und den sprechenden Domainnamen herzustellen, ist das wichtigste Infrastrukturelement des DNS die Datenbank, welche diese Daten miteinander verknüpft. Diese Datenbank wird von der heute zur ICANN gehörenden IANA (Internet Assigned Numbers Authority)[420] verwaltet.[421] Die oberste Hierarchieebene des DNS-Serversystems bilden die dreizehn Root-Server, bei denen das Baumsystem der Adressierung schließlich zusammenläuft[422]. Ohne die Vernetzung der Root-Server stünde die DNS-Datenbank unangeknüpft in der Weite des Internet und könnte nicht die erfolgreiche Kommunikation im gesamten Cyberspace sicherstellen.

---

[418] Siehe http://www.unifiedroot.com.

[419] *Forgó* in: Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck, S. 2; *Viefhues* in: Hoeren/Sieber, Kap. 6.1, Rn. 2.

[420] http://www.iana.org/. Die IANA war die Vorläuferin der ICANN und wurde nach Gründung der ICANN 1998 einer ihrer organisatorischen Bestandteile.

[421] *Marwitz*, ZUM 2001, 398, 399.

[422] *Forgó* in: Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck, S. 5; *Schumacher/Ernstschneider/Wiehager*, S. 222/223 (Glossar).

Die Hoheit über das DNS hat die ICANN.[423] Die ICANN ist eine 1998 gegründete Non-profit-Organisation nach US-amerikanischem Zivilrecht, die aber trotz ihrer politischen Unabhängigkeit durch mehrere Verträge eng mit dem US-Handelsministerium verbunden ist.[424] Funktionen der ICANN sind vor allem die Organisation, Strukturierung und Verwaltung des DNS und die Koordination der DNS-Root-Server der ICANN.[425] Zur Organisation des DNS gehört neben der Strukturierung des Internet-Adressenraums die Akkreditierung der sog. *Registrars*, d.h. den Unternehmen und Organisationen, die zur Vergabe von Domain-Namen unterhalb der von der ICANN zugelassenen TLD berechtigt sind. Die ICANN ist über die Verwaltung des DNS hinaus für die technische Administration des gesamten Internet zuständig. Sie legt die technischen Spezifikationen fest, mittels derer sich Kommunikationsnetze an das Internet anschließen können.

### 6.1.1 Alternative Adressierungssysteme im Lichte des Europäischen Rechts

Erst bei der Erreichbarkeit einer großen Anzahl von Nutzern wird ein neues Adressierungssystem interessant. Sind jedoch mithilfe des neuen Adressierungssystems nicht die im DNS registrierten Domainnamen erreichbar, so gestaltet sich dieses System - zumindest solange bis die Anzahl der Nutzer der DNS erreicht wird - als unattraktiv. Angesichts der Netzeffekte der im DNS bereits registrierten Domainnamen würden dann nur wenige Unternehmen zusätzliche Domainnamen im neuen Adresssystem erwerben, geschweige denn vollständig in eine andere Adresszone wechseln: Einmal etabliert, genießt die ICANN insofern einen Vorteil, den Wettbewerber nachträglich nicht wettmachen können. Neue Anbieter benötigen damit zumindest bis zur Durchsetzung des eigenen Systems die Kompatibilität ihres Systems mit dem DNS. Für die Herstellung einer Kompatibilität mit dem DNS ist jedoch die Mitwirkung der ICANN erforderlich.

Im europäischen Recht zeichnet sich die Passivlegitimation dadurch aus, dass die betroffenen Unternehmen über die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung definiert werden. Die ICANN handelt zwar ohne Gewinnerzielungsabsicht, da sie den Datenbestand faktisch zur Verfügung stellt und nicht gewerblich anbietet. Dies ist für die Bewertung der

---

[423] Zur ICANN allgemein: *Kleinwächter*, MMR 1999, 452-459; *Schumacher/Ernstschneider/Wiehager*, S. 218 (Glossar). Siehe auch *Hamm/Machill*.

[424] Umfassend zum Verhältnis des US-Handelsministeriums zur ICANN: General Accounting Office, Department of Commerce: Relationship with the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, 2000, abrufbar unter http://www.gao.gov/new.items/og00033r.pdf.

[425] *Kleinwächter*, MMR 1999, 452.

wirtschaftlichen Betätigung jedoch ohne Bedeutung.[426] Nach dem in Deutschland geltenden weiten kartellrechtlichen Unternehmensbegriff,[427] der bereits bei „jedweder Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr“[428] erfüllt ist, wird die ICANN diesen Anforderungen genügen. Sie ermöglicht durch die Verwaltung des DNS den abgeleiteten Vergabestellen deren geschäftliche Tätigkeit. Die eigene Gewinnerzielungsabsicht ist kein Erfordernis der funktionalen Unternehmereigenschaft.[429] Diesen Grundsätzen entspricht die EU-Auslegung des Unternehmensbegriffs.[430] Die ICANN kann sich nicht auf eine Freistellung als staatliche Einrichtung oder internationale Organisation berufen, da sie keine entsprechende Stellung innehat. Kartellrechtlich muss sich die ICANN wie sonstige Domain-Registries[431] daher als Wirtschaftsunternehmen behandeln lassen.[432]

Problematisch hingegen könnte die Zwitterstellung der ICANN zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Organisation sein. Die ICANN ist zwar privatrechtlich organisiert und damit formal unabhängig von der US-Regierung. Sie ist jedoch auch aufgrund von Verträgen und Verbindungen zu der US-Regierung dem Einfluss von US-Behörden ausgesetzt.[433] Da aber die Unternehmenseigenschaft nicht von der Rechtsform, sondern von dem marktrelevanten Verhalten abhängt, fallen neben natürlichen Personen und juristischen Personen des Privatrechts auch die öffentlichen Hände unter den Unternehmensbegriff, soweit sie sich am Wirtschaftsleben beteiligen[434]. Durch den einheitlichen Unternehmensbegriff im

---

[426] *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1, Rn. 30; *Stockmann* in: Wiedemann, § 7, Rn. 1 und 43.

[427] Siehe umfassend dazu *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1, Rn. 24-79.

[428] BGH, WuW/E BGH 1469 – Autoanalyzer; BGH, WuW/E BGH 2627, 2632 – Sportübertragungen.

[429] BGH, WuW/E BGH 2707/2714 – Krankentransportunternehmen.

[430] Siehe insgesamt *Gippini-Fournier* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Bd. I., Art. 81 Abs. 1, Rn. 40. Zur „wirtschaftlichen Betätigung“ s. auch EuGH Slg. 1998, I-3886, Rn. 36 – Komm./Italien. Zur fehlenden Gewinnerzielungsabsicht vgl. Kommission vom 20.7.1999 – IV/36.888 – Fußballweltmeisterschaft 1998, Rn. 65.

[431] *Nordemann* in: Czychowski/Bröcker/Schäfer, § 12, Rn. 18.

[432] *Bücking*, GRUR 2002, 27, 28; *Nordemann* in: Czychowski/Bröcker/Schäfer, § 12, Rn. 19. Für das amerikanische Recht weitgehend übereinstimmend *Froomkin/Lemley*, 2003 University of Illinois L. Rev. 101, 103-104 (2003), allerdings mit Nachweisen zu gegenteiligen Stellungnahmen der ICANN und dem U.S. Department of Justice.

[433] ICANNs direkte Verbindung zur US-Regierung ist im Wesentlichen durch fünf Verbindungen geprägt: das sogenannte *White Paper*, drei separate Verträge mit der Regierung und die Aufsicht durch das US-Handelsministerium, welche durch Verträge mit der ICANN und einem *Memorandum of Understanding* begründet ist.

[434] *Stockmann* in: Wiedemann, § 7, Rn. 44.

europäischem und deutschem Kartellrecht kann es für die Passivlegitimation der ICANN somit nicht auf ihre Zwitterstellung ankommen.

Wenn die ICANN die wirtschaftliche Auseinandersetzung mit Konkurrenten wie UnifiedRoot aufnimmt, stellt sich die Frage, inwieweit die ICANN ihre Infrastrukturen (DNS-Datenbestand, Root-Server) Wettbewerbern öffnen muss bzw. den Zugang zur DNS-Datenbank weiter offen halten muss.

#### 6.1.1.1 Ermöglichung der Vervielfältigung des DNS-Datenbestands

Ein Eingreifen der Kartellbehörden, um eine Vervielfältigung des DNS-Datenbestandes zu erreichen, kommt beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i. S. d. Art. 82 EG oder § 19 Abs. 1 GWB in Betracht.

Allein der Umstand, dass ein Schutzrecht von einem Unternehmen in marktbeherrschender Stellung erworben oder ausgeübt wird, stellt jedoch noch keinen Missbrauch dar. Die rechtliche Durchsetzung einer jederzeitigen Vervielfältigung des DNS-Datenbestands ist für die Betreiber alternativer Adressierungssysteme somit nur mit Hilfe der *essential facility*-Doktrin möglich. Ansonsten bietet das Kartellrecht keine Grundlage, um auf Einrichtungen oder Leistungen eines Konkurrenten unmittelbar zugreifen zu dürfen.

Nach dem europäischen Tatbestand der *essential facility*-Doktrin handelt es sich bei der DNS-Datenbank unproblematisch um eine wesentliche Einrichtung. Angesichts der großen und weiter wachsenden Zahl von Domainnamen im DNS, denen jeweils eine bestimmte IP-Nummer zugeordnet ist, wird man von einer tatsächlichen Unmöglichkeit der Duplizierbarkeit des Datenbestands ausgehen können. Ohne diesen Datenbestand ist eine zutreffende Adressierung zu den in diesem System konnektierten Domainnamen nicht möglich.

Schwieriger festzustellen ist die Substituierbarkeit des DNS-Datenbestands. In Betracht kommt als maßgeblicher nachgelagerter Markt die kommerzielle Vergabe von Domainnamen im Alternativsystem. Auf diesem Markt könnten UnifiedRoot und die ICANN selbst sowie zusammen mit ihren Vertragspartnern, den *Registrars*, in Konkurrenz treten. Diese wirtschaftliche Tätigkeit wird allerdings durch eine Verweigerung der Nutzung des DNS-Datenbestands nicht beeinträchtigt. So könnte UnifiedRoot technisch für das eigene Adressierungssystem Domainnamen vergeben ohne Rückgriff auf die DNS-Domainnamen nehmen zu müssen. Die Folge wäre die Entstehung einer von der DNS-Zone getrennten Adresszone innerhalb des Internets: ein funktionsfähiges, aber für kommerzielle Nutzung unattraktives Teilnetz Der Zugang zum DNS-Datenbestand ist für alternative

Adressierungsanbieter erforderlich, um die Kommunikation aus der eigenen Adresszone in das gesamte Internet zu ermöglichen und so das eigene System attraktiv zu machen. Die ICANN könnte durch Verweigerung des Zugriffs auf den DNS-Datenbestand dauerhaft potentiellen Wettbewerb auf dem Markt für Domainnamen-Vergabe verhindern. Diese Überlegung legt es nahe, dem DNS-Datenbestand die erforderliche Wesentlichkeit zuzusprechen, auch weil potentielle Wettbewerber den Eintritt in den Markt für Domainnamen-Vergabe aus wirtschaftlichen Gründen unterlassen könnten.

Weiterer Anknüpfungspunkt ist die marktbeherrschende Stellung der ICANN auf dem nachgeschalteten Markt der Vergabe der Domainnamen. Da alle zur Domainvergabe autorisierten *Registrars* ihre Befugnisse von der ICANN ableiten und auch ihr gegenüber vergütungspflichtig sind, hat die ICANN auf dem abgeleiteten Markt der Domainvergabe eine marktbeherrschende Stellung inne. Soweit bei Bejahung der genannten Tatbestandsmerkmale ein Zugangs- oder Mitbenutzungsanspruch der Betreiber alternativer Adressierungssysteme in Bezug auf den DNS-Datenbestand besteht, fehlen der ICANN sachliche Gründe für die Verweigerung einer Mitbenutzung. Die ICANN kann sich insbesondere nicht darauf berufen, dass der Aufbau der DNS-Datenbestand auf eigener Leistung beruht. Die „Wesentlichkeit" der monopolistischen Einrichtung muss nämlich, als Voraussetzung für eine Zugangsverweigerung, auf eine innovative Eigenleistung unter Inkaufnahme von unternehmerischem Risiko zurückzuführen sein.[435] Bei dem DNS-Datenbestand handelt es sich jedoch nicht um eine durch vorstoßenden Wettbewerb, sondern durch eine auf dem Wege staatlicher Zuweisung ereichte Monopolstellung.[436]

#### 6.1.1.2 Zugang zu den ICANN-Root-Servern

Weitreichender wäre ein Anspruch, der sich nicht allein auf den Zugang zur Datenbank, sondern zudem auf den Zugang zu den ICANN-Root-Servern richtet. Ein solcher könnte die ICANN verpflichten, die um neue TLDs erweiterten DNS-Datenbanken der alternativen Anbieter auf dem Root-Server-System der ICANN zu implementieren; der Aufbau eines eigenständigen Server-Systems bliebe den Wettbewerbern somit erspart. Alle miteinander konkurrierenden Adressierungssysteme würden dann nebeneinander auf der gleichen technischen Plattform basieren.

---

[435] *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19, Rn. 207.

[436] Sie wurde als Nachfolgeunternehmen der IANA vom US-Handelsministerium eingesetzt

Da die Root-Server ebenso wie die Datenleitungen materiell-gegenständliche Komponenten des Internets in seiner bestehenden Form sind, handelt es sich bei dem Serversystem um eine Einrichtung i. S. d. *essential facility*-Doktrin.

Problematischer ist die Wesentlichkeit dieser Einrichtung, da mit dem Aufbau eigenständiger Root-Server-Systeme wie durch UnifiedRoot oder ORSN die maßgebliche Infrastruktureinrichtung bereits dupliziert worden. Ein Root-Server-System als Teil eines Adressierungssystemes lässt sich wirtschaftlich nur verwerten, wenn eine Vielzahl von Internetnutzern ihre Anfragen durch dieses System bearbeiten lässt. Anderenfalls könnten die exklusiv in diesem Adressierungssystem vergebenen Domainnamen nur von wenigen Surfern erreicht werden; sie wären für einen Inhalte-Anbieter weniger attraktiv – und der Adressierungssystem-Anbieter könnte sie nur schwer vermarkten. Die wertbildenden Faktoren eines Adressierungssystems sind somit nicht die 13 auf dem Erdball verteilten Rechnern, sondern vielmehr deren Anbindung an die Datenströme des Internet.

In der Regel bestimmt der Access-Provider, über den die Einwahl ins Internet erfolgt, an welchen Root-Server die Anfragen gestellt werden. Der Nutzer kann jedoch auch über die Systemeinstellung seines Computers den zu verwendenden Root-Server individuell bestimmen - indem er die IP-Adresse, an die abgehende Anfragen geschickt werden, manuell ändert. Somit ergeben sich für den Anbieter eines alternativen Adressierungssystems zwei verfolgbare Strategien zur Anbindung seines Systems. Zum einen kann er mit den Access-Providern vertraglich vereinbaren, dass die IP-Adresse seines Root-Servers voreingestellt wird. Die Kunden des Access-Providers würden dann, ohne hiervon Kenntnis zu nehmen, ihre Anfragen an das alternative Adressierungssystem richten. Zum anderen kann er die einzelnen Nutzer auffordern, auf sein System umzusteigen. Beide Strategien lassen sich nur mit hohen wirtschaftlichen Aufwendungen umsetzen.

Zu klären ist jedoch, ob sich ein möglicher Anspruch aufgrund der *essential facility*-Doktrin allein gegen die ICANN richtet oder vielmehr die Betreiber der einzelnen Root-Server in ihrer Gesamtheit verpflichtet sind. Das von der ICANN überwachte Root-Server-Netz steht nicht zur Gänze in ihrem Eigentum. Vielmehr gehört lediglich einer der 13 Rechner der ICANN. Sieht man als Anspruchsgegner den Eigentümer der Einrichtung an, so wären gegebenenfalls alle Eigentümer der Root-Server gemeinsam Anspruchsgegner. Sinn und Zweck der Doktrin gebieten es jedoch, nicht auf die zivilrechtliche Eigentümerposition abzustellen – da diese nur allzu leicht, etwa durch Leasing oder ähnliche Vertragsausgestaltungen, umgangen werden könnte. Entscheidend ist jedoch, welche Programme auf der Hardware laufen, welche

Datenströme fließen und wer diese koordinieren kann. Im hier zu untersuchenden Fall entscheidet allein die ICANN aufgrund der Kooperationsverträge, welche Daten in Form der DNS-Datenbank auf die Server der Kooperationspartner geladen werden. Diese Kontrollmöglichkeit ist womöglich das entscheidende Kriterium. Anspruchsgegner wäre hiernach allein die ICANN.

### 6.1.2 Alternative Adressierungssysteme im Lichte des US-amerikanischen Rechts

Ähnlich zu beurteilen sind die alternativen Adressierungssysteme nach US-amerikanischem Recht. Auch hier richtet sich der Zugang zu der Datenbank oder zu den Root-Servern nach den Voraussetzungen der *essential facility*-Doktrin.

Höchstens hinsichtlich der Passivlegitimation der ICANN im Rahmen etwaiger Ansprüche gegen die ICANN könnte im US-amerikanischen Kartellrecht aufgrund der kartellrechtlichen Immunität von staatlichem Handeln etwas anderes gelten. Nach deutschem und europäischem Recht ist die ICANN auch passivlegitimiert. Nach der s*tate action*-Doktrin sind staatliche Einrichtungen und solche, die autorisiert sind, staatlich zu handeln immun gegen kartellrechtliche Überprüfung. Im Hinblick auf die formelle Unabhängigkeit der ICANN ist eine etwaige Immunität nach US-Kartellrecht jedoch fragwürdig. Die ICANN ist keine typische staatliche Einrichtung, sondern nimmt eine Zwitterstellung ein. Einerseits ist die ICANN politisch unabhängig. Andererseits ist sie aufgrund der Verträge eng mit dem US-Handelsministerium verbunden. Eine solche Verbundenheit führt jedoch nicht zwangsläufig dazu, die ICANN als öffentliche Einrichtung einzustufen und ihr die Privilegien einer solchen Stellung einzuräumen. Ansonsten könnten bereits vertragliche Beziehungen mit US-Behörden zu einer kartellrechtlichen Immunität im US-amerikanischen Recht führen. Dies kann jedoch nicht Sinn und Zweck der kartellrechtlichen Immunität sein. Folglich ist auch nach US-amerikanischem Recht die Passivlegitimation der ICANN gegeben.

Ein weiterer Unterschied zum europäischen und deutschen Recht könnte sich im Rahmen der Zugangsansprüche zu den ICANN Root-Servern ergeben. Die Auslegung, wonach allein der Eigentümer der Infrastruktureinrichtung als Anspruchsgegner in Betracht kommt ist keineswegs zwingend. Die zuständige US-Behörde stellte bei der Entwicklung der *essential*

*facility*-Doktrin vielmehr auf die Inhaberschaft der Kontrolle über die Einrichtung ab.[437] In diesem Fall wären dann die einzelnen Betreiber der Root-Server Anspruchsgegner.

### 6.1.3 Entflechtung der ICANN

Die oben aufgezeigten Schwierigkeiten mit der Doppelfunktion der ICANN als Wettbewerber gegenüber Anbietern alternativer Adressierungssysteme und oberster Administrationsinstanz für die technische Struktur des Internets führen zu der Frage nach einer Entflechtung der ICANN.

Dabei werden die Verwaltungsfunktionen von dem gewerblichen Unternehmensteil getrennt, wobei Letzterer dem freien Wettbewerb zugeführt wird. Die institutionelle Entflechtung stellt im deutschen und europäischen Kartellrecht kein zulässiges Instrumentarium dar.[438] Diese Gesetze geben daher keine Ansprüche für Wettbewerber auf Entflechtung; sie setzen das Bestehen eines Markts voraus und wollen ihn nicht erst schaffen. Demnach kommt im europäischen Raum lediglich eine politische Entflechtung in Betracht.

Anders ist die rechtliche Situation in den USA, wo die Möglichkeit zur Entflechtung von marktbeherrschenden Unternehmen gegeben ist. Aufgrund der offenen Rechtsfolgenregelung des Sec. 2 Sherman Act sind auch strukturelle Eingriffe in durch Leistungswettbewerb gewachsene Unternehmen möglich.[439]

Im Fall der ICANN könnte durch eine Entflechtung die kommunikative Einheit des Internet innerhalb einer einheitlichen Root-Zone erhalten bleiben: der administrative Teil wäre für die technische Konfiguration dieser einheitlichen Root-Zone und die sonstige technische Standardisierung zuständig, in der verschiedene Adressierungssysteme arbeiten können; eines dieser Adressierungssysteme wäre dann das DNS, welches nach der Entflechtung von einem von der ICANN unabhängigen privaten Unternehmen geführt würde. Somit wären die beiden Tätigkeitsbereiche, die erst in ihrem Zusammenspiel zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung bzw. zur Verhinderung eines Wettbewerbs auf dem Markt für Domainname-Vergabe führen, voneinander getrennt.

---

[437] Vgl. MCI v. AT&T, 570 F. 2d 1081, 1132 f. (7th Cir. 1983): “Control of the essential facility by a monopolist (…)”.

[438] *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19, Rn. 1. Die Regelung in § 41 Abs. 3 und 4 GWB bezieht sich ausschließlich auf die Auflösung wettbewerbswidriger Zusammenschlüsse.

[439] Vgl. beispielhaft zum AT&T- sowie zum Microsoft-Fall *Shelanski/Sidak*, 68 U. Chi. L. Rev. 95, 187-191 (2000); *Priest*, in: Hahn, S. 117, 121.

Allerdings führt die rechtliche Stellung der ICANN zu einigen Schwierigkeiten bei der Entflechtung. Als privatrechtlicher Organisation kalifornischen Rechts könnte nur unter dem US-amerikanischen per Gesetz oder Gerichtsentscheidung eine solche Entflechtung angeordnet werden. Das Interesse der US-Regierung aber an einer Entflechtung der ICANN ist fraglich – vielmehr wird sie an der Aufrechterhaltung der starken Stellung der ICANN, auf die sie über das Handelsministerium Einfluss nehmen kann, weiterhin interessiert sein.[440]

## 6.2 Netzneutralität[441]

Bislang war die sog. Netzneutralität (*network neutrality/net neutrality*) eine selbstverständliche Eigenheit der weltweiten Netze, deren Zusammenschluss das Internet begründet. Der Begriff der Netzneutralität meint dabei im Wesentlichen, dass für jeden der offene Zugang zu einem Netz gesichert ist und sämtliche Daten im Netz unterschiedslos übertragen werden.[442] Aufgrund des technischen Fortschritts sind allerdings „intelligente" Netze nunmehr in der Lage, die Quelle – den Computer, von dem die Datei versendet wird – sowie den Inhalt einer Datei herauszufinden. Dies ermöglicht einerseits eine qualitative oder quantitative Vorzugsbehandlung bei der Datenübertragung, andererseits eine Filterung oder Blockierung unliebsamer Datenpakete.[443]

Somit haben die Netzbetreiber die technischen Mittel, die Neutralität des Internets einzuschränken. Kritiker sehen deswegen die Entwicklung des Internet und darüber hinaus das Wachstum der Internetökonomie bedroht. Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich mithin die Frage, inwieweit neue Regeln zur Sicherung der Netzneutralität erforderlich sind. Wie sich insofern die Diskussion in den USA und Europa entwickelt hat, sei zunächst aufgezeigt. Auf dieser Grundlage soll sodann in der gebotenen Kürze Stellung bezogen werden.

### 6.2.1 Die Diskussion in den USA

Die Frage der Netzneutralität wurde erstmals im März 2005 durch ein Verfahren der Federal Communications Commission (FCC) gegen den Telefon- und DSL-Anbieter *Madison River*

---

[440] Zur Einflussnahme der US-Regierung bei der Nicht-Einführung einer .xxx-TLD s. heise-online vom 15.05.2006, abrufbar unter http://www.heise.de/newsticker/meldung/73063.

[441] Einen guten Einstieg in die Thematik bieten *Dierking/Schlauri*, J!Cast 14 Netzneutralität, abrufbar unter http://www.jcast.de.

[442] *Laxton*, 2006 Duke L. & Tech. Rev. 15, 3 (2006); *Spies*, MMR 2006, Heft 8, XXI.

[443] *Krempl*, c`t 2006, Heft 14, 78, 79.

in das Blickfeld der US-amerikanischen Öffentlichkeit gerückt. Madison River hatte die für Voice over IP (VoIP) genutzten Ports blockiert, um eine Abwanderung seiner Telefonkunden zur Konkurrenz zu verhindern. Als *common carrier* fiel *Madison River* unter die strengen Regeln des *Telecommunications Act of 1996* und war somit verpflichtet, Wettbewerbern den Zugang zu den eigenen Netzen zu gewähren.[444] Gegen eine Bußgeldzahlung von 15.000 US-Dollar und eine Unterlassungserklärung stellte die FCC das Verfahren ein.[445] Das Verfahren gegen *Madison River* hatte insofern Befürworter der Netzneutralität zuversichtlich gestimmt.

Mitte 2005 markierte jedoch das Urteil des U.S. Supreme Court in der Sache *Natonial Cable & Telecommunications Association v. Brand X Internet Services* einen Wendepunkt.[446] Die FCC hatte 2002 Breitbanddienste über Kabel nicht als Telekommunikations-, sondern als Informationsdienste eingestuft und auf diese Weise Kabelnetzbetreiber von den *common carrier*-Verpflichtungen befreit.[447] Aus Sicht der obersten Richter war diese Entscheidung der FCC nicht zu beanstanden. Im Anschluss an das Urteil klassifizierte die FCC auch die über Telekommunikationsnetze angebotenen Breitbanddienste – wie z. B. DSL – als Informationsdienste und entzog sie somit ebenfalls dem Anwendungsbereich der *common carrier*-Verpflichtungen.[448] Zwar bekannte sich die Behörde gleichzeitig in einer Stellungnahme zu vier Prinzipien der Netzneutralität.[449] Abgesehen davon, dass diese Prinzipien im Vergleich zu den *common carrier*-Verfpflichtungen eng gefasst sind, ist eine derartige Stellungnahme allerdings nicht verbindlich.[450] Anbieter von Breitbanddiensten unterliegen somit keiner sektorspezifischen Regulierung mehr. Dies sorgte Ende 2005 im Rahmen der geplanten Gesamtreform des *Telecommunications Act of 1996* für eine Zuspitzung der politischen Debatte über die Netzneutralität.

---

[444] Telecommunications Act of 1996, 47 U.S.C. § 251 (2000), abrufbar unter http://www.fcc.gov/Reports/tcom1996.pdf.

[445] Siehe den Vergleich der FCC und Madison River, abrufbar unter http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/ DA-05-543A2.pdf.

[446] 545 U.S. 967 (2005), abrufbar unter http://www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/04-277.pdf.

[447] 17 F.C.C.R. 4798, 4802 (FCC 2002).

[448] 20 F.C.C.R. 14853 (FCC 2005). Vgl. die Pressemitteilung der FCC vom 5. August 2005, abrufbar unter http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-260433A1.pdf.

[449] Vgl. die Pressemitteilung der FCC vom 5. August 2005, abrufbar unter http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/ attachmatch/DOC-260435A1.pdf.

[450] *Laxton*, 2006 Duke L. & Tech. Rev. 15, 14 (2006).

Die großen Breitbandnetzbetreiber (wie die Telekommunikationsunternehmen *AT&T* und *Verinzon* oder der Kabelnetzbetreiber *Comcast*) sind entschiedene Gegner einer unbegrenzten Netzneutralität. Sie möchten die Möglichkeit haben, für besondere Leistungsmerkmale – wie eine garantierte oder besonders zügige Übertragung von Inhalten – zusätzliche Gebühren zu verlangen und auf diese Weise „Mautstellen" für das Internet einzurichten.[451] Dies sei als Anreiz für zukünftige Investitionen in den Netzausbau unentbehrlich.[452] Zur Unterbindung von wettbewerbswidrigem Verhalten sei das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreichend.[453] Im Übrigen sei das Wachstum des Internet in der Vergangenheit gerade auf die Freiheit von staatlichen Eingriffen zurückzuführen. Daher solle die Entwicklung auch zukünftig dem Markt überlassen werden.[454]

Die Verfechter einer uneingeschränkten Netzneutralität sind vor allem Internetdiensteanbieter (wie *Amazon*, *eBay* oder *Google*), die nicht gesondert für den Breitbandnetzzugang zahlen möchten, aber auch eine breite, bunt gemischte Koalition[455] aus kleinen Unternehmen, Internetaktivisten und Wissenschaftlern. Sie argumentieren, neutrale Netze seien unabdingbare Voraussetzung für die Innovationskraft des Internet, und warnen vor den Gefahren für den Wettbewerb, die von Seiten der Netzbetreiber ausgehen können.[456]

Mehrere Gesetzesentwürfe, die eine strenge Regelung der Netzneutralität vorsahen, sind im Laufe des Jahres 2006 – vor allem durch die Demokraten – in den Kongress eingebracht worden. Jedoch fand keiner der Vorschläge die erforderliche Mehrheit. So ist der Entwurf eines *Network Neutrality Act*[457] am 9. Juni 2006 im Repräsentantenhaus gescheitert. Hiernach sollten die Breitbandnetzbetreiber verpflichtet werden, jedem Inhalteanbieter unterschiedslos und diskriminierungsfrei die Übertragungsleistung zur Verfügung zu stellen. Zugleich war ein Verbot vorgesehen, für die Privilegierung bei der Datenübertragung ein zusätzliches Entgelt

---

451 *Krempl*, c`t 2006, Heft 14, 78.

452 *Spies*, MMR 2006, Heft 8, XXI.

453 Vgl. *Krempl*, c`t 2006, Heft 14, 78, 80. So auch *Laxton*, 2006 Duke L. & Tech. Rev. 15, 37 (2006).

454 Vgl. *Spies*, MMR 2006, Heft 8, XXI.

455 Siehe http://www.savetheinternet.com.

456 Vgl. im Einzelnen zu den möglichen Diskriminierungsformen *Spies*, MMR 2006, Heft 8, XXI, XXII f.

457 Abrufbar unter http://markey.house.gov/docs/telecomm/Markey%20Net%20Neutrality%20Act%20of%202006.pdf.

zu fordern.[458] Ein weiterer Entwurf (*Internet Freedom Preservation Act*)[459], der ähnliche Auflagen für die Netzbetreiber vorsah, erfuhr ein ähnliches Schicksal. Der Wirtschaftsausschuss des Senats versagte ihm am 29. Juni 2006 die Zustimmung.[460]

Desgleichen scheiterte das Anliegen der Gegenseite, die Novelle des Telekommunikationsrechts ohne eine gesetzliche Neutralitätsregelung durch den 109. Kongress verabschieden zu lassen.[461]

Ebenso wenig konnten sich vermittelnde Lösungen durchsetzen. So fand der Ansatz, eine *Bill of Rights* für Internetnutzer (*Consumer's Choice and Broadband Deployment Act*)[462] einzuführen, keinen hinreichenden Anklang.[463] Ebenfalls erfolglos war bislang der sog. „Dritte Weg", ausgearbeitet durch die *Information Technology and Innovation Foundation*. Diese Lösung sieht vor, dass Netzbetreiber bestimmte Daten bevorzugt übertragen dürfen, soweit sie den Nutzern eine kostenfreie Mindestbandbreite zur Verfügung stellen. Als Anreiz für die Erhöhung der Mindestbandbreite sollen Steuervergünstigungen dienen.[464]

Die aufgeworfenen Fragen könnten sich noch im Jahr 2007 klären. Die Richtung einer Lösung mag man schon darin erkennen, dass der Zusammenschluss der Telekommunikationsunternehmen *AT&T* und *BellSouth* durch die FCC nur unter Auflagen genehmigt wurde. *AT&T* musste sich im Sinne einer Netzneutralität für zwei Jahre verpflichten, den Breitbandzugang von Internetdiensten nicht zu behindern und eigenen Diensten bei der Datenübertragung keine Priorität einzuräumen.[465] Den entscheidenden Durchbruch zur grundlegenden Regelung der Netzneutralität könnten aber die zugunsten der Demokraten geänderten Mehrheitsverhältnisse im 110. Kongress bewirken. Der von

---

[458] *Spies*, MMR 2006, Heft 8, XXI. Vgl. auch heise-online vom 27.4.2006, abrufbar unter http://www.heise.de/ newsticker/meldung/72455; heise-online vom 5.3.2006, abrufbar unter http://www.heise.de/newsticker/meldung/72645; heise-online vom 9.6.2006, abrufbar unter http://www.heise.de/newsticker/meldung/74072.

[459] Abrufbar unter http://www.publicknowledge.org/pdf/snowe-dorgan-20060519.pdf.

[460] Vgl. heise-online vom 29.6.2006, abrufbar unter http://www.heise.de/newsticker/meldung/74875.

[461] Vgl. heise-online vom 13.12.2006, abrufbar unter http://www.heise.de/newsticker/meldung/82447.

[462] Abrufbar unter http://i.n.com.com/pdf/ne/2006/comm_bill.pdf.

[463] Vgl. dazu *Spies*, MMR 2006, Heft 8, XXI, XXII; heise-online vom 21.6.2006, abrufbar unter http://www.heise.de/ newsticker/meldung/74532.

[464] Vgl. heise-online vom 2.1.2007, abrufbar unter http://www.heise.de/newsticker/meldung/73838; *Krempl*, c`t 2006, Heft 14, 78, 80.

[465] *Spies*, MMR 2007, Heft 2, XIV. Vgl auch heise-online vom 2.1.2007, abrufbar unter http://www.heise.de/ newsticker/meldung/83087.

prominenten Demokraten – wie John Kerry, Hillary Clinton oder Barack Obama – unterstützte *Internet Freedom Preservation Act*[466] wurde inzwischen erneut eingebracht.[467]

### 6.2.2 Die Diskussion in Europa

Unterdessen hat die Diskussion über die Netzneutralität Europa erreicht, allerdings in abgeschwächter Form. Nur wenige Stimmen verlangen neue Regelungen.[468] Sie verweisen insbesondere auf das Beispiel des Telekommunikationsunternehmens *Vodafone*, welches seit Anfang des Jahres die Nutzung von VoIP-Diensten über sein UMTS-Netz blockiert.

Zumeist wird dagegen vertreten, dass sich die Frage einer Regelung der Netzneutralität unter dem aktuellen europäischen Rechtsrahmen nicht stelle. Verwiesen wird insbesondere auf den Grundsatz der Technologieneutralität[469], wonach sowohl herkömmliche Telekommunikationsnetze als auch Kabelnetze unter die sektorspezifische Regulierung des EG-Rechtsrahmen fallen können. Des Weiteren werden die Instrumente der Zugangsregulierung[470] als ausreichend eingeschätzt, um den freien Netzzugang zu gewährleisten.[471] Darüber hinaus sei der Wettbewerb der Breitbandnetzbetreiber in Europa wesentlich stärker als in den USA ausgeprägt.[472] Diese Ansicht hat die Kommission im Rahmen des sog. *Review 2006* geteilt.[473] Damit ist es recht unwahrscheinlich, dass in absehbarer Zeit strengere Vorschriften zur Netzneutralität in das europäische Recht eingeführt werden.

---

[466] Abrufbar unter http://dorgan.senate.gov/documents/newsroom/net_neutrality.pdf.

[467] Vgl. heise-online vom 10.1.2007, abrufbar unter http://www.heise.de/newsticker/meldung/83497.

[468] Vgl. heise-online vom 28.2.2007, abrufbar unter http://www.heise.de/newsticker/meldung/85968. Siehe auch das c`t-Interview mit *van Schewick* vom 16.7.2006, abrufbar unter http://www.heise.de/ct/hintergrund/meldung/75525.

[469] Vgl. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2002/21/EG.

[470] Vgl. Art. 8-13 der Richtlinie 2002/19/EG.

[471] *Spies*, MMR 2006, Heft 8, XXI, XXIII. Vgl. heise-online vom 28.2.2007, abrufbar unter http://www.heise.de/ newsticker/meldung/85968.

[472] Siehe *Krempl*, c`t 2006, Heft 14, 78, 80.

[473] Vgl. das Arbeitspapier der Kommission zur Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsdienste vom 28.6.2006, S. 26 f., 32, abrufbar unter http://ec.europa.eu/information_society/policy/ ecomm/doc/info_centre/public_consult/review/staffworkingdocument_final.pdf.

### 6.2.3 Stellungnahme

Der derzeitige Rechtsrahmen in Europa bietet den Wettbewerbsbehörden nicht nur effektive, sondern auch flexible Maßnahmen zur Regulierung der Telekommunikationsmärkte.[474] Darüber hinaus gibt es eine Vielzahl von Anbietern, die für einen wirksamen Wettbewerb in Europa sorgen. Daher sollte vor einer Einführung neuer, strengerer Vorschriften zur Regelung der Netzneutralität die Entwicklung des Marktes abgewartet werden.

Anders sieht es in den USA aus. Denn hier hat die FCC die sektorspezifische Regulierung der Breitbandnetzbetreiber aufgehoben. Abgesehen davon gibt es einen wesentlichen strukturellen Unterschied zu Europa. So sind auf den lokalen Telekommunikationsmärkten vielfach nur ein Kabel- und ein Telekommunikationsnetzbetreiber tätig. Damit ist das Wettbewerbspotential wesentlich geringer.[475] Aufgrund dieser Gesichtspunkte erscheint mithin eine gesetzliche Regelung der Netzneutralität erforderlich.

Der Kongress sollte allerdings nicht unbesehen die Position der Befürworter einer uneingeschränkten Netzneutralität übernehmen. Hinreichend zu berücksichtigen ist nämlich, dass mit der Einführung einer Vielzahl neuer Internetdienste der Bedarf an Übertragungskapazitäten gewachsen ist. Daher ist ein weiterer Netzausbau unabdingbar. Die dafür erforderlichen finanziellen Aufwendungen tragen die Breitbandnetzbetreiber. Insofern darf man ihnen nicht untersagen, für bevorzugte Übertragungsleistungen ein zusätzliches Entgelt als Investitionsausgleich zu fordern. Dieses Entgelt darf hingegen nicht die Innovationskraft von Internetdiensteanbietern beeinträchtigen. Dazu muss den Wettbewerbsgefahren, die vor allem von vertikal integrierten Netzbetreibern ausgehen, entgegengewirkt werden. Zu diesem Zweck sollte jedem Nutzer das Recht gegenüber den Netzbetreibern eingeräumt werden, sämtliche Dienste und Inhalte mit einem Mindestmaß an Qualität und Geschwindigkeit anzubieten und abzurufen.

Gelingt es, diese Eckpunkte einer Netzneutralität gesetzlich festzulegen, dürfte auch in den USA die Grundlage für ein fortdauerndes Wachstum der Internetökonomie gegeben sein.[476]

---

[474] M. w. N. zum europäischen Rechtsrahmen *Holznagel/Enaux/Nienhaus*, Rn. 775 ff.

[475] *Rahm*, 24 Yale J. on Reg. 1, 12 ff. (2007).

[476] So im Ergebnis auch *Rahm*, 24 Yale J. on Reg. 1, 7, 8 (2007).

## 7 Fazit und Ausblick

Der Vergleich von kartellrechtlicher Regulierung der Internetökonomie hat gezeigt, dass zwar bereits die meisten der spezifischen Herausforderungen an das Wettbewerbsrecht durch die Ubiquität, veränderten ökonomischen Bedingungen und neuen Kommunikations- und Kooperationsmöglichkeiten der modernen Informationstechnologien von den Wettbewerbsbehörden und -gerichten beiderseits des Atlantiks adressiert worden sind.

Besonders ausgeprägt ist die behördliche Befassung mit den Kooperationen und Zusammenschlüssen über B2B-Plattformen. Hier kann inzwischen auf eine umfangreiche Judikatur (Kommission) und Verwaltungsvorgaben (FTC) geblickt werden, ohne dass sich konkrete Wertungen ableiten lassen. Vielmehr werden in den einzelnen Entscheidungen die neuartigen, durch die Internetökonomie aufgeworfenen Fragen offen gelassen, um die weitere Entwicklung der Märkte abzuwarten. In vielen anderen Bereichen wie der Marktabgrenzung, beim Geheimwettbewerb oder beim Zugang zu Immaterialgüterrechten sind die spezifischen Probleme zwar von den zuständigen Behörden oder Gerichten angesprochen worden, aber noch nicht einmal in Ansätzen generalisierenden Grundsätzen zugeführt worden. Die Bedeutung der Standardisierung ist dagegen noch kaum als spezifischer Regulierungsgegenstand der Internetökonomie erkannt worden. Während bei den genannten kartellrechtlichen Problembereichen zwischen den Rechtsordnungen angesichts der gesetzlichen Grundlagen kaum Unterschiede für die zukünftige Entwicklung der Entscheidungspraxis zu erwarten sind, fallen bei der Anwendung der *essential facility*-Doktrin und der Einführung von Netzneutralität die Ergebnisse auseinander. Allerdings ist in Bezug auf die *essential facility*-Doktrin die Anwendbarkeit in der Internetökonomie von der US-amerikanischen Rechtsordnung noch nicht behandelt worden. Wie weit sich hier Regulierungsdifferenzen auf beiden Seiten des Atlantiks ergeben werden, lässt sich noch nicht mit Sicherheit abschätzen. Starke Abweichungen zeichnen sich in der Diskussion um die Netzneutralität ab. Allerdings ist diese Diskussion bisher noch zu unkonturiert, als dass klare Aussagen möglich wären.

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass es noch zu früh ist, um auf gesicherter Grundlage Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der kartellrechtlichen Regulierung der Internetökonomie ausmachen zu können. Die behördliche und gerichtliche Durchdringung der Internetökonomie und ihrer besonderen Herausforderungen an den Wettbewerb hat gerade erst begonnen. Die ökonomische und technische Dynamik, ja Rasanz der Entwicklung der Internetökonomie spiegelt sich bisher nicht in der juristischen Befassung mit den

kartellrechtlichen Fragen. Hierzu wäre eine stärkere Auseinandersetzung der Behörden und Gerichte mit Sachverhalten der Internetökonomie und insbesondere klare Stellungnahme wünschenswert. Solange es hieran fehlt, kann nur eine wissenschaftliche Einschätzung voraussichtlicher behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen auf Grundlage der jeweiligen Rechtsordnung erfolgen.

# Literaturverzeichnis

## Aufsätze

Ahlborn/Seeliger, Business to Business Exchanges - EG-kartellrechtliche Probleme bei Unternehmenskooperationen im Internet, in: EuZW 2001, S. 552 ff.

Areeda, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, in: 58 Antitrust L.J. 841 (1989).

Arlt, Marktabschottend wirkender Einsatz von DRM-Technik, in: GRUR 2005, S. 1003 ff.

Asschenfeldt, B2B-Marktplätze: Aktuelle wettbewerbsrechtliche Problemstellungen, in: MMR Beilage 9/2001, S. 5 ff.

Bagley/Clarkson, Adverse Possession for Intellectual Property: Adapting an Ancient Concept to Resolve Conflicts between Antitrust and Intellectual Property Laws in the Information Age, in: 16 Harv. L.J. & Tech. 327 (2003).

Bear/Balto, Anitrust Enforcements and High-Technology Markets, in: 5 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 73 (1999).

Bechtold, Trusted Computing, in: CR 2005, S. 393 ff.

Bell/Adkinson, The B2B Explostion: Antitrust Issues Raised by B2B Exchanges, in: 15 Antitrust ABA 18 (2000).

Böge, Reform der Europäischen Fusionskontrolle, in: WuW 2004, S. 138 ff.

Brandl/Rosteck, Technik, Implementierung und Anwendung des Trusted Computing Group-Standards (TCG), DuD 2004, S. 529 ff.

Bücking, Liberalisierung im Vergabewesen deutscher Domainadressen? - DENIC und die „Essential Facilities“-Doktrin, in: GRUR 2002, S. 27 ff.

Chin, Decoding Microsoft: A First Principles Approach, in: 40 Wake Forest L. Rev. 1 (2005).

Chirayath, Oh Canada!: Antitrust Geographic Market Definition And The Reimportation of Prescription Drugs, in: 46 B. C. L. Rev. 1027 (2005).

Dajani, Beyond Covisint – Antitrust Scrutiny of B2B Exchanges, in: 57 J. Mo. B. 186 (2001).

Eblen, Defining the Geographic Market in Modern Commerce: The Effect of Globalization and E-Commerce on Tampa Electric and Its Progeny, in: 56 Baylor L. Rev. 49 (2004).

Froomkin/Lemley, ICANN and Antitrust, in: 2003 University of Illinois L. Rev. 101 (2003).

Fuchs, Die 7 GWB-Novelle - Grundkonzeption und praktische Konsequenzen, in: WRP 2005, S. 1384 ff.

Gassner, Internet-Handelsplattformen im Spiegel des Kartellrechts, in: MMR 2001, S. 140 ff.

Hamilton, Adequacy of the 1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property in Complex High-Tech Markets, in: 7 C. L. Rev. & Tech. J. 23 (2002), abrufbar unter http://www.smu.edu/csr/articles/2002/fall/Hamilton.pdf.

Hartog, Die 7. GWB-Novelle, in: WRP 2005, S. 1397 ff.

Heinemann, Kartellrecht und Informationstechnologie, in: CR 2005, S. 715 ff.

Horton/Schmitz, The Lessons of Covisint: Regulating B2Bs under European and American Competition Laws, in: 47 Wayne L. Rev. 1231 (2001).

Jestaedt, Funktionalität, Effizienz und Wettbewerb - B2B-Marktplätze und das Kartellrecht, in: BB 2001, S. 581 ff.

Kahlenberg/Haellmigk, Neues Deutsches Kartellgesetz, in: BB 2005, S. 1510 ff.

Katz/Shapiro, Network externalities, competition, and compatibility, in: 75 The American Economic Review 424 (1985).

Kauper, Merger Control in the United States and the European Union: Some Observations, in: 74 St. John's L. Rev. 305 (2000).

Kirsch/Weesner, Can Antitrust Law control E-Commerce? A comparative Analysis in Light of U.S. and E.U. Antitrust Law, in: 12 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 297 (2006).

Kleinwächter, ICANN als United Nations der Informationsgesellschaft, in: MMR 1999, S. 452 ff.

Kobak, Running the Gauntlet: Antitrust and Intellectual Property Pitfalls on the Two Sides of the Atlantic, in: 64 Antitrust Law Journal, 341 (1996).

Koenig/Neumann, Anforderungen des EG-Wettbewerbsrechts an vertrauenswürdige Systemumgebungen, in: MMR 2003, S. 695 ff.

Koenig/Neumann, Standardisierung und EG-Wettbewerbsrecht - ist bei vertrauenswürdigen Systemumgebungen wettbewerbspolitisches Misstrauen angebracht?, in: WuW 2003, S. 1138 ff.

Krempl, Mautstellen für das Internet, in: c`t 2006, Heft 14, S. 78 ff.

Lange, Neue Marketingstrategien im Internet - ökonomische und rechtliche Analyse, in: BB 2002, S. 561 ff.

Laxton, The End of Net Neutrality, in: 2006 Duke L. & Tech. Rev. 15 (2006).

Levine/Greene, Antitrust Guideposts for B2B Electronic Marketplaces, in: 15 Antitrust ABA 26 (2000).

Marwitz, Das System der Domainnamen, in: ZUM 2001, S. 398 ff.

Müller, Alternative Adressierungssysteme für das Internet, in: MMR 2006, S. 427 ff.

O'Rourke, Striking a Delicate Balance: Intellectual Property, Antitrust, Contract and Standardization in the Computer Industry, in: 12 Harv. L.J. & Tech. 1 (1998).

Pautke/Schultze, Internet und Vertriebskartellrecht – Hausaufgaben für die Europäische Kommission, in: BB 2001, S. 317 ff.

Pilny, Schnittstellen in Computerprogrammen, in: GRUR Int. 1990, S. 431 ff.

Rahm, Watching over the Web: A substantive Equality Regime for Broadband Applications, in: 24 Yale J. on Reg. 1 (2007).

Roth, Schnittstellenkooperation und europäisches Kartellrecht, in: CR 1988, S. 196 ff.

Rubinfeld, Wettbewerb, Innovation und die Durchsetzung des Kartellrechts in dynamischen, vernetzten Industrien, in: GRUR Int. 1999, S. 479 ff.

Sagers, A critical Introduction to the US Antitrust Modernization Commission, in: ZWeR 2006, S. 278 ff.

Sandl, Die Trusted Computing Group (TCG), DuD 2004, S. 521 ff.

Shelanski/Sidak, Antitrust Divestiture in Network Industries, in: 68 U. Chi. L. Rev. 95 (2000).

Snyder, Mergers and Acquisitions in the European Community and the United States: A Movement Toward a Uniform Enforcement Body?, in: 29 Law & Pol'y Int'l Bus. 115 (1997).

Spies, Kampf um die Netzneutralität, in: MMR 2006, Heft 8, S. XXI ff.

Spies, USA: Zusammenschluss AT&T und BellSouth – „Netzneutralität" muss gewährleistet werden, in: MMR 2007, Heft 2, S. XIV ff.

Sucker, Normsetzung durch Kartelle und Marktbeherrscher im Bereich der Datenverarbeitungsindustrie, in: CR 1988, S. 271 ff.

Wirtz/Mathieu, Internet-Ökonomie und B2B-Marktplätze, in: WISU 2001, S. 825 ff.

Zimmerlich, Der Fall Microsoft, in: WRP 2004, S. 1260 ff.

### Bücher, Kommentare

Areeda/Hovenkamp, Antitrust Law, 14 Bände, 2000 – 2006.

Aufderheide, Hybridformen in der Internetökonomie, 2004, abrufbar unter http://www.wi.uni-muenster.de/aw/download/hybride-systeme/Hybrid%2009.pdf.

Beckmerhagen, Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht, 2001.

Bechtold, Kartellgesetz, 3. Aufl., 2002.

Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2005.

Beth, Rechtsprobleme proprietärer Standards in der Softwareindustrie, 2004.

Bloch/Perlman, Analysis of Antitrust Issues Raised by B2B Exchanges, 2000, abrufbar unter http://www.ftc.gov/bc/b2b/comments/blocharticle.pdf.

vom Brocke, Hybridität – Entwicklung eines Konstruktionsprinzips für die Internetökonomie, 2005, abrufbar unter http://www.wi.uni-muenster.de/aw/download/hybride-systeme/Hybrid%2017.pdf.

Commichau/Schwartz, Grundzüge des Kartellrechts, 2. Aufl., 2002.

Czychowski/Bröcker/Schäfer, Geistiges Eigentum im Internet, 2003.

Emmerich, Kartellrecht, 10. Aufl., 2006.

Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Loseblattwerk, Stand: 2006.

Gellhorn/Kovacic/Calkins, Antitrust Law and Economics in a Nutshell, 5. Aufl., 2004.

Gilbert/Tom, Is Innovation King at the Antitrust Agencies? The Intellectual Property Guidelines Five Years Later, 2001, abrufbar unter http://repositories.cdlib.org/iber/econ/E01-301/.

Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, 4. Aufl., 1993.

Graham/Smith, Competition, Regulation and the New Economy, 2004.

Gramlich/Kröger/Schreibauer (Hrsg.), Rechtshandbuch B2B Plattformen, 2003.

Grob/vom Brocke, Internetökonomie, 2006.

Gröhn, Netzwerkeffekte und Wettbewerbspolitik, 1999.

Hahn, High-Stakes Antitrust - The Last Hurrah?, 2003.

Hamm/Machill, Wer regiert das Internet? – ICANN als Fallbeispiel für Global Internet Governance, 2001.

Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Loseblattwerk, Stand: August 2006.

Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., 2006.

Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 2001.

Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl. 2001.

Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, 1994.

Kierner, B2B Plattformen und das Kartellrecht, 2005.

Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, Loseblattwerk, Stand: Oktober 2006.

Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, Internettplattformen in der Unternehmenspraxis, 2002.

Koenig/Neumann/Katzschmann**,** Trusted Computing, 2004.

Kollmann, Virtuelle Marktplätze, 2001.

Krone, Horizontale Markttransparenz im Zeitalter einer Informationsgesellschaft, 2003.

Langen/Bunte, Kommentar zum Kartellrecht, 10. Aufl., 2006.

Lochen, Elektronische Marktplätze, 2006.

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2 Bände, 2005 und 2006.

Martinek/Semler/Habermeier (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, 2. Aufl., 2003.

Mayer, Ziele und Grenzen des Kartellverbots im Recht der EG und der USA, 2005.

Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck, Das Recht der Domain-Namen, 2001.

Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2004.

Neale, The Antitrust Laws of the United States of America, 1970.

Ott, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, 2004, abrufbar unter http://www.linksandlaw.com/ownpublications-zsfgpromotion.htm.

Pohlmeier, Netzwerkeffekte und Kartellrecht, 2004.

Rötzer, Die Telepolis – Urbanität im digitalen Zeitalter, 1997.

Rünz, Verbraucherschutz im Fernabsatz, Informationspflicht und Widerrufsrecht als Schutzinstrumente deutscher und europäischer Vorschriften, 2004.

Ruff, Vertriebsrecht im Internet, 2003.

Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, 2003.

Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl., 2005.

Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003.

Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 2001.

Schumacher/Ernstschneider/Wiehager, Domain-Namen im Internet, 2002.

Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 8. Aufl., 2005.

Simons, FTC Initiatives in Intellectual Property, 2003, abrufbar unter http://www.gtwassociates.com/answers/simonsonipr.htm.

Thum, Netzwerkeffekte, Standardisierung und staatlicher Regulierungsbedarf, 1996.

Tränkle, Die „essential facilities“-Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht, 2001.

Trafkowski, Medienkartellrecht, 2002.

Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999.

Wolf, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, 2002.

Zerdick, Die Internet-Ökonomie, 3. Aufl., 2001.

Zimmerlich, Marktmacht in dynamischen Märkten, 2007.

Zimmerlich/Aufderheide, Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie, 2004.

Zimmerlich/David/Veddern, Übersicht B2B-Marktplätze im Internet, 2005.

## Arbeitsberichte des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität

Grob, H. L. (Hrsg.), Internetökonomie und Hybridität – Konzeption eines Kompetenzzentrums im Forschungsverbund Internetökonomie, Nr. 1.

Brocke, J. vom, Hybride Systeme - Begriffsbestimmung und Forschungsperspektiven für die Wirtschaftsinformatik, Nr. 2.

Holznagel, D., Krone, D., Jungfleisch, C., Von den Landesmedienanstalten zur Ländermedienanstalt - Schlussfolgerungen aus einem internationalen Vergleich der Medienaufsicht, Nr. 3.

Zimmerlich, A., Aufderheide, D., Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie, Nr. 4.

Ahlert, D., Evanschitzky, H., Erfolgsfaktoren des Multi-Channel-Managements, Nr. 5.

Holling, H., Freund, P. A., Kuhn, J.-T., Usability-Analysen von Wissensmanagementsystemen, Nr. 6.

Bröcher, J., Domain-Names und das Prioritätsprinzip im Kennzeichenrecht – Nochmals shell.de & Co., Nr. 7.

Trauten, A., Zur Effizienz von Wertpapieremissionen über Internetplattformen, Nr. 8.

Aufderheide, D., Hybridformen in der Internetökonomie - Gegenstand und Methode eines rechtswissenschaftlichen und institutionenökonomischen Forschungsprogramms, Nr. 9.

Grob, H. L., Brocke, J. vom, Hermans, J., Wissensplattformen zur Koordination verteilter Forschungs- und Entwicklungsprozesse – Ergebnisse einer Marktstudie, Nr. 10.

Becker, J., Brelage, C., Falk, T., Thygs, M., Hybrid Information Systems - Position the Web Information Systems Artefact, Nr 11.

Brocke, J. vom, Hermans, J., Kontextkonstruktion in Wissensmanagementsystemen – Ordnungsrahmen und Ergebnisse einer Marktstudie, Nr. 12.

Holznagel, B., Jungfleisch, C., Die Verwirklichung von Zuschauerrechten im Rundfunk - Regulierungskonzepte zwischen Theorie und Praxis, Nr. 13.

Bröcher, J., Hoffmann, L.-M., Sabel, T., Der Schutzbereich des Markenrechts unter besonderer Berücksichtigung ökonomischer Aspekte, Nr. 14.

Holling, H., Kuhn, J.-T., Freund, P. A., Anforderungsanalysen für Wissensmanagementsysteme: Ein Methodenvergleich, Nr. 15.

Becker, J., Hallek, S., Brelage, C., Fachkonzeptionelle Spezifikation konfigurierbarer Geschäftsprozesse auf Basis von Web Services, Nr. 16.

Brocke, J. vom, Hybridität – Entwicklung eines Konstruktionsprinzips für die Internetökonomie, Nr. 17.

Gutweniger, A., Riemer, K., Potenzialanalyse – Methoden zur Formulierung von E-Business-Strategien, Nr. 18.

Riemer, K., Totz, C., Der Onlinemarketingmix – Maßnahmen zur Umsetzung von Internetstrategien, Nr. 19.

Riemer, K., Web-Design: Konzeptionelle Gestaltung von Internetanwendungen, Nr. 20.

Riemer, K., Müller-Lankenau, C., Web-Evaluation: Einführung in das Internet-Qualitätsmanagement, Nr. 21.

Müller-Lankenau, C., Kipp, A., Steenpaß, J., Kallan, S., Web-Evaluation: Erhebung und Klassifikation von Evaluationsmethoden, Nr. 22.

Müller-Lankenau, C., Terwey, J., Web Assessment Toolkit: Systemdokumentation, Nr. 23.

Müller-Lankenau, C., Terwey, J., Web Assessment Toolkit: Benutzerhandbuch, Nr. 24.

Müller-Lankenau, C., Rensmann, B., Schellhammer, S., Web Assessment Toolkit: Entwicklerleitfaden, Nr. 25.

Gauer, S. S., Evantschitzky, H., Ahlert, D., Kolhatkar, A. A, Marketing innovative Service Solutions with Inter-organizational Service Networks: Opportunities and Threats, Nr. 26.

Holznagel, B., Rosengarten, V., Der Zugang zu Premium-Inhalten insbesondere für Multimedia-Anbieter, Nr. 27.

Zimmerlich, A., David, D., Veddern, M., Übersicht B2B-Marktplätze im Internet Branchenspezifische B2B-Marktplätze - empirische Erhebung, Nr. 28.

Becker, E., Akzeptanz von Internetwahlen und Volksabstimmungen - Ergebnisse der Umfrage zum Wahl-O-Mat in Schleswig-Holstein, Nr. 29.

Totz, C., Potenziale und Herausforderungen der Markenführung im Kontext internetbasierter Interaktionen, Nr. 30.

Holznagel, B., Bonnekoh, M., Auswirkungen der TK-Regulierung auf die Internetmärkte dargestellt am Beispiel von Voice over IP, Nr. 31.

vom Brocke, J., Hermans, J., Anreizsysteme zur Wissensteilung in Netzwerken. Fachkonzeptionelle Modellierung und Prototypische Implementierung für die OpenSource-Plattform HERBIE, Nr. 32.

vom Brocke, J., Altfeld, K., Nutzung von Semantic Web-Technologien für das Management von Wissen in Netzwerken. Konzeption, Modellierung und Implementierung, Nr. 33.

Ahlert, D., Evanschitzky, H., Thesing, M., Zahlungsbereitschaft im Online Handel: Eine empirische Untersuchung mittels der Conjoint Analyse, Nr. 34.

Holling, H., Freund, P. A., Kuhn, J.-T., Webbasierte Evaluation eines Wissensmanagementsystems, Nr. 35.

Trauten, A., Schulz, R. C., IPO Investment Strategies and Pseudo Market Timing, Nr. 36.

Hoffmann, M.-L., Marken und Meinungsfreiheit – Virtuelle Brand Communities auf dem kennzeichenrechtlichen Prüfstand, Nr. 37.

Trauten, A., The perceived benefit of internet-based Commercial Paper issuance in Europe – A survey, Nr. 38.

Ricke, Thorsten, Triple Play – Zugangsansprüche bei vertikalen Verflechtungen, Nr. 39.

Ricke, Thorsten, Neue Dienstekategorien im Zuge der Konvergenz der Medien, Nr. 40.

Holling, H., Freund, P. A., Kuhn, J.-T., Salascheck, M., Benutzbarkeit von Software: Wie usable sind Evaluations-Verfahren?, Nr. 41.

Müller, Ulf, Utz, Rainer, Aufderheide, Detlef, Meyer, Lena, Rodenhausen, Anselm, Die Zukunft der Internetadressierung: ICANN, DNS und alternative Systeme - kartell- und markenrechtliche Fragen und ihr ökonomischer Hintergrund, Nr. 42.

Müller, Ulf, Meyer, Lena, Unternehmenstransparenz und Geheimwettbewerb im digitalen Umfeld, Nr. 43.

Ahlert, D., Evanschitzky, H., Thesing, M., Kundentypologie in der Multikanalwelt: Ergebnisse einer Online- und Offline-Befragung, Nr. 44.